

Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen

Effizienz – Rechtsstaatlichkeit – Transparenz im österreichischen Wettbewerbsrecht

Wettbewerbspolitische Herausforderungen für die
25. Gesetzgebungsperiode (2013–2018)

Nr. 87, 2014



Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen

Effizienz – Rechtsstaatlichkeit – Transparenz im österreichischen Wettbewerbsrecht

Wettbewerbspolitische Herausforderungen für die
25. Gesetzgebungsperiode (2013–2018)

Nr. 87, 2014

Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen

Mitglieder:

Helwig Aubauer
Martin Gleitsmann
Peter Kaluza
Georg Kovarik
Ralf Kronberger
Christian Krumphuber
Maria Kubitschek
Markus Marterbauer
Nikolaus Morawitz
Guenther Rohrer
Rene Schindler
Christoph Schneider
Ernst Tüchler
Josef Wöss
Karin Zimmermann

Geschäftsführer:

Andreas Henkel
Thomas Zotter

Ständige Experten:

Karl Aiginger
Silvia Angelo
Erich Kühnelt
Rudolf Lichtmanegger
Johannes Pointner

Assistenz der Geschäftsführung:

Nikolai Soukup
Karin Steigenberger

ISBN 978-3-901466-18-2

Medieninhaber: Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen, Wiedner Hauptstraße 63, 1045 Wien, Österreich
Tel +43(0)5 90900 4270; Prinz Eugen-Straße 20–22, 1041 Wien, Österreich, Tel +43(0)1 50165 2284;
www.sozialpartner.at

Grafik und Layout: Michael Haderer

Hersteller: Ueberreuter Print und Digimedia Ges.m.b.H, Industriestraße 1, 2100 Korneuburg, Österreich

Vorwort

Mit der vorliegenden Untersuchung setzt sich der Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen 5 Jahre nach Präsentation der Studie Nr 84, 2010 „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ (Beiratsstudie Nr 84) neuerlich mit dem Thema „Wettbewerbspolitik in Österreich“ auseinander. Die Reformen im Rahmen des Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetzes 2012, welches zahlreiche Empfehlungen des Beirates aus der Studie 2010 aufgenommen hat, führten zu effizienteren Regelungen für den Vollzug des Wettbewerbsrechts. Davon profitieren alle Marktteilnehmer, insbesondere KonsumentInnen und UnternehmerInnen.

Seit der letzten Studie, in welcher noch eine zögerliche Antragstellung der Amtsparteien beim Kartellgericht geortet worden war, hat sich die Vollzugstätigkeit der Wettbewerbsbehörden in Österreich wesentlich intensiviert. Dies zeigt sich vor allem in zahlreichen Hausdurchsuchungen, sowie in den darauf folgenden Anträgen auf Geldbußen durch die Amtsparteien und in der Verhängung von Sanktionen durch das Kartellgericht. Verstöße gegen das Kartellgesetz wurden aufgedeckt und geahndet. Dies hat zu einer weiteren Sensibilisierung der Öffentlichkeit und insbesondere der Unternehmen für dieses Thema geführt.

Die Verfahren wurden mehrheitlich durch sogenannte „Settlements“ (vorzeitige / einvernehmliche Verfahrensbeendigung) abgeschlossen. Dieser ressourcenschonende Zugang hat allerdings auch zu Diskussionen rund um die verfahrensrechtliche Ausgestaltung dieses Procedere geführt. Der Beirat hat deshalb beschlossen, diese Studie unter das Leitthema „Effizienz – Rechtsstaatlichkeit – Transparenz im österreichischen Wettbewerbsrecht“ zu stellen und Verbesserungen in jenen Bereichen anzuregen, in denen diese Grundsätze noch nicht hinreichend erfüllt scheinen.

Wie schon in der Beiratsstudie Nr 84 wurde zunächst ein Fragebogen mit den aktuellen Themen konzipiert und an Kartellrechts- und WettbewerbsrechtsexpertInnen sowie Marktteilnehmer ausgesandt. Im Anschluss daran wurden im Frühjahr 2013 zahlreiche Gespräche geführt. Die Arbeitsgruppe hat die identifizierten Problembereiche auch mit ExpertInnen bei der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission diskutiert und so wichtige Einblicke aus erster Hand in die europäische Praxis gewonnen.

Für alle interessierten LeserInnen sind im Anhang der Fragebogen und die Antworten bzw Protokolle über die Gespräche enthalten.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, allen WettbewerbsakteurInnen und politischen EntscheidungsträgerInnen sowohl Anstöße als auch Anregungen zur Weiterentwicklung der heimischen Wettbewerbspolitik

zu geben. Aus diesem Grund hat sich der Beirat dazu entschlossen, seine Position über die künftigen Herausforderungen einer proaktiven Wettbewerbspolitik im Rahmen dieses Follow up-Projektes zur Studie 2010 darzustellen. Die neue Beirats-Studie soll auch ein Beitrag zu den von der Bundesregierung beschlossenen wettbewerbspolitischen Reformvorhaben im Regierungsprogramm 2013-2018 sein.

Die vergangenen, von Finanz- und Wirtschaftskrise geprägten Jahre haben gezeigt, dass funktionierender Wettbewerb ein unverzichtbarer Bestandteil der österreichischen Wirtschaftspolitik zur Sicherung von Beschäftigung, Wirtschaftswachstum, Innovation und Wohlstand sowie zur Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Kontext ist. Faire Wettbewerbsbedingungen sichern marktgerechte Preise, Produktvielfalt, Qualität und eine effiziente Ressourcenverteilung zum Nutzen der gesamten Volkswirtschaft.

Die österreichischen Sozialpartner sind seit jeher aktive Mitgestalter des österreichischen Kartellrechts und der nationalen Wettbewerbspolitik. Sie verfügen nach geltendem Recht über ein allgemeines Antragsrecht bei Kartell- und Missbrauchsfällen. Darüber hinaus bringen die MitarbeiterInnen der Sozialpartner ihr Fachwissen sowohl auf institutioneller Ebene (Wettbewerbskommission, fachkundige LaienrichterInnen am Kartellgericht und Kartellobergericht) als auch im Rahmen von Arbeitsgruppen zur Weiterentwicklung des Wettbewerbs- und Kartellgesetzes ein.

Die vorliegende Studie besteht aus 5 Kapiteln. Eingangs findet sich eine Zusammenfassung der wichtigsten Inhalte gefolgt von Empfehlungen des Beirates. Das 1. Kapitel beschäftigt sich mit den Entwicklungen seit 2010 und analysiert, inwieweit die Empfehlungen aus der Beiratsstudie Nr 84 umgesetzt wurden. Im 2. Kapitel werden Verfahrensfragen, die einer Regelung bedürfen, behandelt. Darauf folgen im 3. Kapitel Ausführungen zu materiellrechtlichen Aspekten. Im 4. Kapitel wird ein kurzer Blick auf die Regulierungsbehörden geworfen. Die Untersuchung schließt mit einem Ausblick auf die sozialpartnerschaftliche Begleitung der angezeigten Reformschritte. Im Anhang finden sich die Dokumentation der Antworten auf die Fragebögen sowie die Protokolle zu den Interviews.

Der Beirat dankt allen ExpertInnen und MitarbeiterInnen, die an der Erarbeitung dieser Studie beteiligt waren. Ein besonderer Dank ergeht an den/die GeschäftsführerIn der Arbeitsgruppe Ulrike Ginner und Theodor Taurer.

Soweit in diesem Text in weiterer Folge personenbezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form angeführt sind, beziehen sie sich auf Frauen und Männer in gleicher Weise.

Wien, im Mai 2014

*Die Vorsitzenden des
Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen*

Georg Kovarik
Österreichischer Gewerkschaftsbund

Maria Kubitschek
Bundesarbeitskammer

Nikolaus Morawitz
Landwirtschaftskammer Österreich

Christoph Schneider
Wirtschaftskammer Österreich

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
Zusammenfassung	7
Empfehlungen	9
1. Grundlagen und Entwicklungen im Wettbewerbsbereich seit 2010	12
1.1. Überlegungen für eine neue Studie	12
1.2. Wettbewerbspolitische Grundsatzüberlegungen 2.0	13
1.3. Wettbewerbsbehördenpolitik.....	16
1.4. Wie wurden die Empfehlungen der Studie 2010 umgesetzt?	20
1.5. Welche Entwicklungen hat es seit 2010 in der Praxis gegeben?	25
1.6. Kartellrechtliche Vorhaben im Arbeitsprogramm der österreichischen Bundesregierung 2013-2018	28
1.7. Hauptthema der Studie: Größere Transparenz für bessere Information und mehr Rechtssicherheit für Verbraucher und Unternehmer	29
2. Verfahrensfragen	30
2.1. Kronzeugen.....	30
2.2. Verfahren vor der BWB	30
2.2.1. Vorverfahren	30
2.2.2. Standpunkte-Leitlinien	32
2.3. Hausdurchsuchung	33
2.4. Verjährung	35
2.5. Sachverständige	36
2.6. Settlementverfahren	39
2.7. Geldbußenverfahren.....	42
2.7.1. Geldbußenbemessung	42
2.7.2. Antragsbindung des Kartellgerichtes	43
2.7.3. Mündliche Beschlussverkündung.....	44
2.8. Transparente Informationen über Entscheidungen	44
3. Materielle rechtliche Fragen	46
3.1. Private Enforcement (Schadenersatz)	46
3.2. Streuschäden und Abschöpfung der Bereicherung.....	48
3.3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	49
3.4. Fusionskontrolle	51
3.5. Wettbewerbsmonitoring.....	54
4. Regulierungsbehörden	56
5. Schluss	58
Mitglieder der Arbeitsgruppe	60
Anhang: Stellungnahmen und Protokolle	61

Zusammenfassung

Der Wettbewerbsvollzug hat in den letzten Jahren an Aktivität und Dynamik gewonnen und entwickelt sich weiter. Angesichts der zunehmenden Bedeutung der Wettbewerbspolitik im Rahmen der Allgemeinen Wirtschaftspolitik auf europäischer und nationaler Ebene beschäftigen sich die Sozialpartner in der vorliegenden Studie unter dem Arbeitstitel „Effizienz – Rechtsstaatlichkeit – Transparenz im österreichischen Wettbewerbsrecht“ vor allem mit Verbesserungsvorschlägen und Begleitmaßnahmen für einen schlagkräftigen Wettbewerbsvollzug. Die Sozialpartner betonen die Bedeutung des Wettbewerbs für Wachstum und Beschäftigung und stellen Empfehlungen für Reformmaßnahmen vor, deren Inangriffnahme in der Regierungsperiode 2013-2018 angeregt wird.

Die Studie evaluiert eingangs die wettbewerbsrechtlichen Veränderungen seit 2010.

Weiterhin besteht aus Sicht des Beirates hinsichtlich der Erarbeitung einer wettbewerbspolitischen Gesamtstrategie für Österreich noch Handlungsbedarf. Die Rolle der Wettbewerbspolitik muss seitens der Bundesregierung im Zusammenspiel mit anderen Politikbereichen definiert werden. Wettbewerbspolitische Zielsetzungen sind daher nicht isoliert zu betrachten. Im Rahmen einer wettbewerbspolitischen Gesamtstrategie geht es unter anderem um die Analyse, wann Wettbewerb einen wohlfahrtssteigernden Nutzen bringt und unter welchen Marktbedingungen ein solcher nicht oder nur unzureichend eintritt.

Obwohl die verstärkte Vollzugstätigkeit der Wettbewerbsbehörden das Wettbewerbsbewusstsein gestärkt hat, muss auch weiterhin Aufklärungsarbeit geleistet werden, um das Bewusstsein aller Marktteilnehmer für die wichtige Rolle von fairem und unverfälschtem Wettbewerb weiter zu sensibilisieren.

In Bezug auf die Evaluierung der letzten größeren Reform im Rahmen des Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 (KaWeRÄG 2012) kommt der Beirat zu einer weitgehend positiven Bewertung, möchte in Folge aber auch auf die Empfehlungen der Studie 2010 hinweisen, die bei der Reform nicht berücksichtigt worden sind, deren Umsetzung aber zur Verbesserung von Effizienz, Rechtsstaatlichkeit und Transparenz im österreichischen Vollzugssystem beitragen.

Die Sozialpartner sehen keine Notwendigkeit für eine Änderung der gegenwärtigen Behördenorganisation mit Ermittlungs-, Aufgriffs- und Antragsbefugnis der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) und der entsprechenden Befugnisse des Bundeskartellanwalts einerseits und

Entscheidungsbefugnis des Kartellgerichtes andererseits. Die Schlussfolgerungen, die in der Beiratsstudie Nr 84 diesbezüglich gezeigt wurden, sind nach wie vor gültig, wobei eine Verfahrenskonzentration im Rechtsmittelbereich bei der Kartellgerichtsbarkeit anzudenken wäre.

Die BWB hat in den letzten Jahren zahlreiche Wettbewerbsverstöße untersucht. Die fast ausschließliche Verfahrensbeendigung durch „Settlements“ legt die Vermutung nahe, dass auf vertiefende Untersuchungen auch aus Gründen der Ressourcenknappheit verzichtet wurde. Die Studie spricht Problemstellungen an, die durch Settlements entstehen. Die wichtige Forderung des Beirates, diese Verfahren gesetzlich zu regeln, findet sich auch im Regierungsprogramm.

Die Empfehlungen des Beirates im verfahrensrechtlichen Bereich zielen auf eine treffsichere Abwicklung von Verfahren unter Wahrung rechtsstaatlicher Garantien sowie höchstmöglicher Transparenz ab. Die Vorschläge betreffen die Bereiche Geldbußen, Verjährungsbestimmungen und wettbewerbsökonomische Gutachten.

In materiellrechtlicher Hinsicht verweist der Beirat hinsichtlich des Themas „verbesserte Aufsicht beim Missbrauch einer beherrschenden Stellung“ auf die Ergebnisse der Beiratsstudie Nr 84. Beim Thema Schadenersatz („Private Enforcement“) werden die gegenwärtigen Probleme skizziert und Wege für einen effizienteren Zugang gezeigt. Hinsichtlich der Fusionskontrolle hat sich der Beirat mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Marktbeherrschungstest durch die Einführung des SIEC-Tests ersetzt werden sollte.

Mit dem KaWeRÄG 2012 wurde der BWB auch das Instrument des Wettbewerbsmonitoring übertragen. Nun gilt es dieses Instrument mit Leben zu erfüllen und unter Einbeziehung der wesentlichen Stakeholder ein Konzept für Österreich zu entwickeln und relevante Problemfelder zu definieren.

Ein eigenes Kapitel ist den Regulierungsbehörden im Zusammenspiel mit der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht gewidmet.

Bereits die Beiratsstudie Nr 84 (2010) zur Wettbewerbspolitik hat in wesentlichen wettbewerbsrechtlichen Fragen zur Belebung der Diskussion und zur Fortentwicklung des Wettbewerbsrechts in Österreich beigetragen. Die vorliegende Studie will daran anknüpfen und möchte in diesem Sinne neuerlich eine Grundlage für eine Fokussierung der wettbewerbspolitischen Diskussion und die Weiterentwicklung des österreichischen Wettbewerbsrechtes bieten.

Die Sozialpartner verständigen sich auf folgende Empfehlungen:

Grundlagen:

Wettbewerbspolitik erschöpft sich nicht in der Erlassung kartellrechtlicher Normen und im Vollzug derselben. Daher sind von der Bundesregierung konkrete, langfristig gültige und nachhaltige wettbewerbspolitische Leitlinien im Rahmen der allgemeinen Wirtschaftspolitik zu entwickeln („wettbewerbspolitische Gesamtstrategie“).

Der Abschnitt Wettbewerbspolitik im „Wirtschaftsbericht Österreich“ soll dahingehend ausgebaut werden, dass über die Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden hinaus die konkreten Fortentwicklungen und Umsetzungsmaßnahmen in Bezug auf die wettbewerbspolitische Gesamtstrategie dargestellt werden („Lagebericht Wettbewerb“).

Prävention ist ein Gebot der Stunde. Unternehmen sollen ihrer Unternehmensstruktur entsprechend geeignete und wirksame Compliance-Maßnahmen setzen, zum Schutz des eigenen Betriebs und zum Schutz ihrer Mitarbeiter. Davon profitieren Konsumenten und Unternehmen gleichermaßen.

Es besteht keine Notwendigkeit, in die bestehende Behördenorganisation im österreichischen Kartellrechtvollzug einzugreifen, dies gilt auch für die Fusionskontrolle. Im Sinne einer Verwaltungsvereinfachung sollte allerdings die seit 01.01.2014 bestehende Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes als Rechtsmittelbehörde im Rahmen des Wettbewerbsgesetzes zur Gänze der Kartellgerichtsbarkeit übertragen werden (Verfahrenskonzentration).

Die BWB trifft als zentrale Behörde zum Schutz des Wettbewerbs besondere Transparenzverantwortung. Es obliegt ihr daher, die Öffentlichkeit über wettbewerbsrelevante Vorgänge umfassend, nach gleichen Kommunikationsgrundsätzen zu informieren; dies umfasst auch eine Gesamtfallberichterstattung nach Abschluss der entsprechenden Einzelverfahren. Wo notwendig, sind dafür gesetzliche Regelungen zu erlassen (objektive, umfassende Information zum richtigen Zeitpunkt).

Das Kartellregister ist auf ein elektronisches Register umzustellen.

Verfahrensfragen:

Im Verfahren bei der BWB ist die Einhaltung der einzelstaatlichen und europarechtlichen Verfahrensgarantien von hoher Bedeutung. Dazu zählen etwa die Absicherung des Kronzeugenstatus, die Frage der Akteneinsicht für betroffene Unternehmen und Geschädigte, die Hinzuziehung einer Vertrauensperson in sensiblen Situationen und die Ermöglichung von rechtlichem Gehör im Vorverfahren.

Es ist auf faktischem Weg eine Verbesserung des Verfahrens zur Erlangung von Standpunkten/Leitlinien der BWB anzustreben (breites Anhörungsverfahren, Veröffentlichung der Stellungnahmen).

Eine Evaluierung der neuen Hausdurchsuchungsregeln (Widerspruchsrecht) sollte bei Vorliegen ausreichender Praxiserfahrung vorgenommen werden. Bei einer Hausdurchsuchung ist der Betriebsrat im Wege der Geschäftsleitung unverzüglich zu informieren; die Mitarbeiter sind über Rechte und Pflichten durch die BWB aufzuklären.

Die Verjährungsregeln des europäischen Verfahrensrechtes sollen in das nationale Recht übertragen werden (Verjährungsunterbrechung bei qualifizierten Ermittlungshandlungen).

Eine Reform des Sachverständigenbeweises in Hinblick auf ein rechtsstaatliches Verfahren und die Kostenfrage ist anzustreben (zB Bestellungsmodus für Sachverständigenliste, Veröffentlichung der Gutachten, zweite Tatsacheninstanz).

Das Settlementverfahren ist einer klaren rechtlichen Regelung zuzuführen; so sollen Settlements erst nach offizieller Verfahrenseinleitung (mit Bekanntgabe der Beschwerdepunkte) vor dem Kartellgericht möglich sein. Über den Ausgang dieser Verfahren sollen die gleichen Transparenzgrundsätze gelten wie bei sonstigen Verfahren (unter anderem keine verkürzten Beschlussausfertigungen).

Zur Sicherstellung der Nachvollziehbarkeit von Geldbußen (Berechnungsbasis, Zu- und Abschläge) soll die BWB entsprechende Leitlinien für deren Bemessung ausarbeiten.

Materiellrechtliche Fragen:

Beim Thema Private Enforcement bzw Schadenersatz sollte verstärktes Augenmerk auf den Abbau von Hindernissen gelegt werden, wobei die gegenwärtigen laufenden europäischen Rechtssetzungsakte und Initiativen zu berücksichtigen sind.

Ein Wettbewerbsverstoß darf sich nicht lohnen; eine auf diesem Weg erzielte Bereicherung darf den sich wettbewerbswidrig verhaltenden Unternehmen nicht zugute kommen.

Nach Ermächtigung der BWB, ein Wettbewerbsmonitoring durchzuführen, sollte nun auf breiter Basis (Einbeziehung der wesentlichen Stakeholder) ein genaues Konzept nach internationalen Vorbildern für Österreich entwickelt werden.

Offene Empfehlungen aus der Beiratsstudie Nr 84 (2010):

Der Beirat verweist pauschal auf seine noch nicht implementierten Empfehlungen aus der Studie 2010, die auch weiterhin relevant sind und deren Umsetzung anzustreben ist. Dazu zählen unter anderem: eine Verbesserung der Ressourcenausstattung der Behörden, Überlegungen für die Einführung einer Beweislastumkehr für den Energiebereich, sowie zur verbesserten Ausschöpfung der Kooperationspotentiale zwischen sektorspezifischer Regulierung und allgemeiner Wettbewerbsaufsicht.

1. Grundlagen und Entwicklungen im Wettbewerbsbereich seit 2010

1.1. Überlegungen für eine neue Studie

Die Sozialpartner sind – wie bereits in der Beiratsstudie Nr 84 ausgeführt – Befürworter, Ideengeber und Mitgestalter einer proaktiven Wettbewerbspolitik. Diese umfasst einerseits auf politischer Ebene die Definition und Umsetzung wohlfahrtsorientierter Impulse zur Entwicklung einer technologiebasierten Wissensgesellschaft, andererseits auf der Vollzugsebene eine effiziente und nachhaltige Durchsetzung des Kartell- und Wettbewerbsrechtes. Die von den Sozialpartnern ins Leben gerufene Initiative eines Aktionsplans „Zukunft der Wettbewerbspolitik“¹ versteht sich als Evaluierungs- und Monitoringprozess zur Verbesserung der wettbewerbspolitischen und –rechtlichen Rahmenbedingungen in Österreich.

Die Beiratsstudie Nr 84 hat, wie noch unten darzustellen sein wird, wesentliche Impulse für die Reform 2012/2013 gesetzt. Das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 (KaWeRÄG 2012) hat eine weitreichende, wenn auch keine umfassende Reform des österreichischen Kartellrechtes gebracht. Die Novelle stellt einen zweckdienlichen und wesentlichen Beitrag zur Verbesserung der Verfahrensabläufe im nationalen Kartellrechtvollzug dar und führte eine maßgebliche Anzahl von materiellen Neuerungen herbei, welche den Schutz des Wettbewerbes besser gewährleisten. Aber noch sind hier nicht alle Ziele erreicht. In der Vollzugspraxis haben sich seit 2010 neue Entwicklungen ergeben (zB im Bereich des Settlementverfahrens), die weitere Verbesserungen in den bestehenden Verfahrensabläufen notwendig erscheinen lassen.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist eine Bestandsaufnahme zur Wettbewerbspolitik einschließlich einer Darstellung derjenigen Bereiche, in denen Änderungen oder Weiterentwicklungen empfehlenswert erscheinen. Darauf aufbauend werden entsprechende Anpassungsvorschläge erarbeitet und allgemein zur Diskussion gestellt. Thematisch geht es dabei in erster Linie um den Bereich des klassischen Kartellrechts bzw des allgemeinen Wettbewerbsrechtes. Berührungspunkte zur sektoralen Regulierung werden insoweit berücksichtigt, als dies thematisch geboten erscheint.

1] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 19/20

Ausdrücklich nicht in die vorliegende Studie einbezogen wird das Beihilfenrecht², das auf EU-Ebene derzeit in einigen wesentlichen Bereichen umfassenden Reformen unterzogen wird, sich aber in zentralen Fragen des Vollzuges einer unmittelbaren einzelstaatlichen Ausgestaltung entzieht. Dies gilt auch für das Lauterkeitsrecht, das als solches sowohl hinsichtlich materieller wie auch verfahrensrechtlicher Regelungen als eigenständiger Bereich des Wettbewerbsrechts im weiteren Sinne anzusehen ist.

Die Themen der vorliegenden Studie im Rahmen des Aktionsplanes „Zukunft der Wettbewerbspolitik“ beschäftigen sich mit aus der Praxis ausgewählten Fragenkreisen des Wettbewerbsrechtes im engeren Sinn, die entweder gesetzlich zu regeln wären, oder die von den einzelnen Akteuren bereits jetzt im Rahmen ihres Wirkungskreises umgesetzt werden können (zB die Standpunkte der BWB).

1.2. Wettbewerbspolitische Grundsatzüberlegungen 2.0

Die im Rahmen der Beiratsstudie Nr 84 aufgestellte Forderung des Beirates nach mehr Wettbewerb in jenen Bereichen, wo er einen Beitrag zur Schaffung von Wohlstand in Österreich erbringt, sowie die Aufforderung an die Politik nach einer konsistenten wettbewerbsorientierten Gestaltung der österreichischen Wirtschaftspolitik („wettbewerbspolitische Gesamtstrategie“), sind auch heute noch aktuell. Wettbewerb ist weder Selbstzweck noch Selbstläufer. Seitens der Politik gilt es, die positiven Wirkungen des Wettbewerbs zuzulassen und zur Entfaltung zu bringen, während negative, wohlfahrtsmindernde Entwicklungen zu verhindern sind. So kann die Erbringung von Leistungen, durch welche ein gesellschaftlich als optimal definiertes Güterangebot für eine breite Öffentlichkeit gewährleistet werden soll (Daseinsvorsorge, Umweltschutz, Landesverteidigung, etc), nicht alleine auf Wettbewerbsüberlegungen beruhen.

Eine auf den österreichischen Wirtschaftsstandort zugeschnittene aktive Wettbewerbspolitik trägt zu einer Preis-, Kosten- und Qualitätsstruktur bei, die es den Unternehmen erlaubt, ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit zu steigern und die Konsumentenwohlfahrt mittel- bis langfristig durch inflationsdämpfende Wirkungen zu verbessern. Umfassender betrachtet, gewährleistet sie durch Bildung, Innovation und neue technologische Entwicklungen, hochqualifizierte Arbeitsplätze und

2] Das Beihilfenrecht war auch nicht Gegenstand der Beiratsstudie Nr 84.

leistungsfähige Betriebe und optimiert dadurch die Gesamtwohlfahrt in Österreich. Damit diese hochgesteckten Zielvorstellungen nicht zu leeren Worthülsen verkommen, gilt es sie mit Leben zu erfüllen und konkrete wirtschaftspolitische Leitlinien, die über einzelne Regierungsperioden hinaus wirken, zu entwickeln. Gerade in konjunkturell schwierigen Zeiten ist die Fähigkeit der im Inland tätigen Unternehmen auf nationalen wie internationalen Märkten erfolgreich zu bestehen und für den Wettbewerb fit zu sein, eine zentrale Voraussetzung für den Wohlstand einer Gesellschaft wie der österreichischen. Diese dem Wettbewerbsdruck standhaltenden Unternehmen sichern hochwertige Arbeitsplätze, sorgen durch innovative Verfahren und Güter für Wachstum und stellen den Konsumenten preisgünstige und qualitativ hochwertige Produkte und Dienstleistungen zur Verfügung. Daher sind die Unternehmen zentrale Stützen des Wettbewerbs („ohne Wettbewerber kein Wettbewerb“) und tragen Verantwortung für die Funktionsfähigkeit der Märkte – ebenso wie der Staat, der ein entsprechendes Wettbewerbs- und Regulierungsumfeld zu schaffen hat. In diesem Zusammenhang ist auch auf die diesbezüglichen Ausführungen der Studie Nr 86, 2013 „Innovation und Investition: Themen und Positionen“ des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen zu verweisen.

Auf dem Weg zu diesen gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen ist es die Aufgabe der Wettbewerbspolitik im engeren Sinn („Wettbewerbsrecht ist das in Gesetze gegossene Ergebnis der Wettbewerbspolitik“) sich konkret mit der Ausgestaltung des Kartell-/ Wettbewerbsrechtes auseinanderzusetzen. Diese stand und steht im Fokus der Beiratsstudie Nr 84 und des vorliegenden Projektes. Die Wettbewerbspolitik erschöpft sich demnach nicht in der Erlassung kartellrechtlicher Normen und im Vollzug derselben; das Kartell-/ Wettbewerbsrecht, bildet aber das wesentliche Fundament für alle weiterreichenden wettbewerbspolitischen Maßnahmen.

Der verbreiteten Forderung nach einer proaktiven Wettbewerbspolitik kommt die Tatsache entgegen, dass in den vergangenen Ausgaben des „Wirtschaftsbericht Österreich“ (seit 2007 verfügbar, zuletzt 2013³) ein eigener Abschnitt zur Wettbewerbspolitik aufscheint, auch wenn dann zumeist nur eine verkürzte Darstellungen der Aktivitäten der BWB erfolgt. Hier wäre die Chance vorhanden, den Berichtsteil zu dem auszuarbeiten, was in der Beiratsstudie Nr 84 als „Lagebericht Wettbewerb“ bezeichnet worden ist⁴. Dies würde allerdings voraussetzen, dass es zu einer entsprechenden

3] <http://www.bmwfj.gv.at/Wirtschaftspolitik/Wirtschaftspolitik/Seiten/Wirtschaftsbericht.aspx>

4] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 16/17

Formulierung einer wettbewerbspolitischen Strategie im oben ausgeführten Sinn auf Regierungsebene kommt. Auch für die jüngste Zeit attestiert Böheim⁵ nachvollziehbar, dass eine wettbewerbspolitische Gesamtstrategie nach wie vor nicht erkennbar ist. Wettbewerbspolitik ist dabei mehr als nur das Abarbeiten von wettbewerbsrechtlichen Fällen durch Wettbewerbsbehörden; nach wie vor fehlt es an der Bereitschaft auf Regierungsebene eine „wachstumsorientierte Wettbewerbspolitik“ zu verfolgen.

Die Wahrnehmung und Sensibilität im Bereich des Kartellrechtes ist gestiegen und dessen Bedeutung in den Köpfen der meisten Verantwortungsträger der Unternehmen angekommen – dies zeigt sich auch in der zunehmenden Rolle von Compliance Maßnahmen in den Unternehmen. Damit die Einsicht in die Notwendigkeit unternehmensinterner Präventionsmaßnahmen weiter steigt, ist eine hinreichende andauernde und kontinuierliche Vollzugspraxis notwendig. Die Aufgabe der Wettbewerbsbehörden muss es dabei sein, objektive und transparente Informationen über die Vollzugshandlungen der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Zur Stärkung der Rechtssicherheit ist es zweckmäßig, offene und neue Fragestellungen (zB zulässiger Rahmen bei vertikalen Vereinbarungen) über die verfahrensrechtlichen Vorgaben im Kartellgesetz durch klare Präzedenzfälle abzuklären. Dies wurde bislang noch nicht ausreichend verfolgt. Der eingeschlagene Weg, nahezu alle Kartellverfahren im Bereich der vertikalen Absprachen durch Settlements abzuschließen, ist weder aus Sicht der Unternehmen noch aus Sicht der Konsumenten wünschenswert und birgt die Gefahr, dass manche Unternehmen bei unklarer Rechtslage bzw nicht vollkommen aufgeklärter Sachlage einem Settlement zustimmen ohne sich des tatsächlichen Umfangs eines konkreten Wettbewerbsverstosses bewusst zu sein. So wurde in einem öffentlich bekannt gewordenen Fall das Settlement damit gerechtfertigt, dass der Behörde seitens des Unternehmens zwar inhaltlich nicht Recht gegeben wird, es dem Unternehmen aber unabhängig von der Anerkennung einer Schuld darum ging, ein Verfahren möglichst schnell zu beenden. Das Unternehmen stellt ebenfalls dar, dass der Fall ein Bereich mit vielen Grauzonen und am Ende juristisch nicht kalkulierbar sei⁶.

Große und international tätige Unternehmen haben ihre Compliance-Maßnahmen ausgebaut; auch im KMU-Bereich gibt es diesbezügliche

5] Böheim, Wettbewerbsmonitoring im Spannungsfeld zwischen ökonomischer Gestaltungsmöglichkeit und wettbewerbspolitischen Erwartungen, WIFO-Monatsbericht 3/2013, S 225

6] <http://derstandard.at/1388650987710/Rewe-Chef-zu-Preispolitik-Wissen-genau-was-wir-duerfen>; ähnlich die Aussagen des GF eines Brauereiunternehmens <http://vorarlberg.orf.at/news/stories/2631029/>; http://wirtschaftsblatt.at/home/nachrichten/oesterreich/vorarlberg/1562945/Mohrenbrauerei_Ich-weiss-noch-immer-nicht-was-wir-falsch-gemacht

zwar Aktivitäten, diese sind aber noch zu verstärken – Prävention ist ein Gebot der Stunde. Solide interne Compliance-Maßnahmen dienen dem „Selbstschutz“ der Unternehmen sowie deren Mitarbeitern und bewahren die Unternehmen und Konsumenten vor Wohlfahrtsverlusten und allfälligen Schäden.

Teil einer proaktiven Wettbewerbspolitik muss es ebenfalls sein, die Wettbewerbsbehörden mit jenen Ressourcen auszustatten, die sie für die erfolgreiche Bewältigung ihrer Aufgaben benötigen – wobei zur Kenntnis zu nehmen ist, dass die Budgets 2014/2015 dafür wenig bis keinen Spielraum lässt⁷ – und ihnen auch ein diesbezügliches Regelwerk zur Verfügung zu stellen, das die schnelle Entwicklung der Wirtschaftszweige auch regelmäßig hinterfragt und bedarfsorientiert anpasst.

1.3. Wettbewerbsbehördenpolitik⁸

Zur Organisation der Behördenstruktur wurden zum Zweck der vorliegenden Studie keine gesonderten Fragen im Rahmen der Expertengespräche gestellt – zumal sich der Beirat bereits in seiner Studie Nr 84 ausführlich mit diesem Thema beschäftigt hat; hier sind die Positionen seit den damaligen Feststellungen und Empfehlungen weiterhin unverändert⁹. Darüber hinaus attestiert eine aktuelle Untersuchung der EU-Kommission dem österreichischen System des Kartellrechtvollzugs eine der kürzesten Verfahrensdauern¹⁰ im europäischen Vergleich. Das Regierungsprogramm sieht die Erarbeitung von modernen Strukturen in der BWB und die Stärkung der Transparenz, der Befugnisse und Strukturen der Wettbewerbsbehörden als ein Ziel der laufenden Gesetzgebungsperiode vor. Im Regierungsprogramm ist vorgesehen, dass die BWB im Vollzug durch innerorganisatorische Maßnahmen gestärkt, aber die gegenwärtige Kartellrechtsorganisation mit Trennung von Antrags- und Entscheidungsbefugnis beibehalten werden soll. Die Beibehaltung der gegenwärtigen Behördenorganisation deckt sich mit dem Meinungsstand der überwiegenden Zahl der Experten wie zB in der Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht dargetan.

Vereinzelte wird vorgeschlagen, die Entscheidungsbefugnis im Bereich der Fusionskontrolle vollständig der BWB zu übertragen. Diese Diskussion

7] Siehe dazu die Teilhefte zu den Budgetvoranschlägen 2014 und 2015, Untergliederung 40 Wirtschaft auf www.bmf.gv.at

8] Unter Wettbewerbsbehördenpolitik wird in diesem Zusammenhang die Frage der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden verstanden.

9] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 21–41

10] http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2014_en.pdf

reicht bis in die Zeit der Entstehung der Behörde zurück; damals wurde unter anderem angedacht, alle verwaltungsförmigen Verfahren (samt Entscheidung) bei der BWB anzusiedeln, während die klassischen streitigen Materien (Kartell- und Missbrauchsaufsicht) in der Entscheidungsbefugnis der Kartellgerichtsbarkeit verbleiben sollten. Der Gesetzgeber ist diesem Ansinnen insoweit entgegengekommen, als seit 2006 die Zusammenschlussanmeldungen im Sinne einer Verfahrensvereinfachung bei der BWB einzubringen sind. Auch wenn nur wenige Zusammenschlüsse das Stadium einer Phase II Prüfung (Prüfungsantrag durch die Amtsparteien) durch das Kartellgericht erreichen, so hat sich die bestehende Aufgabenteilung zwischen den Amtsparteien einerseits und dem Kartellgericht andererseits auch hier grundsätzlich bewährt. Das gerichtliche Prüfverfahren wirkt aufgrund des engen Zeitkorsetts der Zusammenschlussprüfung – vor allem in Hinblick auf die eingebetteten Ermittlungs- und Begutachtungsschritte der Sachverständigen – nach Meinung mancher etwas sperrig. Allerdings hat es sich verschiedentlich erwiesen, dass eine unparteiliche Mitwirkung des Gerichts an der Erarbeitung von Auflagen und Bedingungen bzw. einer allfälligen Untersagung (im internationalen Vergleich) ähnlich effektiv funktioniert wie eine verwaltungsmäßige Verhandlung solcher Beschränkungen eines Zusammenschlusses. Ob Phase II-Verfahren vor der BWB tatsächlich schneller abgeführt werden können, ist angesichts der in gleicher Weise bestehenden ökonomischen Fragestellungen zumindest ungewiss. Die Arbeit eines im heutigen System zu bestellenden Gerichtssachverständigen würde dann tendenziell häufiger durch die Tätigkeit von Mitarbeitern der BWB ersetzt werden. Hier besteht das grundlegende Problem der Zusammenführung der Kompetenzen von Aufgriff, Ermittlung, Begutachtung und Entscheidung in einer Hand („confirmation bias“)¹¹. Die aus rechtsstaatlichen Erwägungen gebotene Möglichkeit, die Gutachtensergebnisse hinterfragen zu können, erscheint in einem reinen Behördenverfahren weniger leicht realisierbar – obgleich das bestehende Sachverständigenverfahren verbesserungsfähig erscheint (siehe Punkt 2.5). Bezüglich der Verfahrenskosten – insbesondere der Sachverständigengebühren – würden sich für die Unternehmen voraussichtlich kaum Vorteile einer allfälligen Entscheidungsbefugnis der BWB ergeben, da der BWB dann für den weiteren Verfahrensaufwand zuzubilligen wäre, Verfahrenskosten für ihren erhöhten Aufwand einzubeheben, wie dies auch im Fusionskontrollverfahren vor dem deutschen Bundeskartellamt

11] So bereits in der Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 27

(§ 80 dGWB¹²) erfolgt. Immerhin ist der Behördenaufwand bedingt durch den Wunsch der zusammenschlusswerbenden Unternehmen, einen Zusammenschlussvorgang durchzuführen.

Festzuhalten bleibt, dass eine formale Entscheidung der Kartellgerichtsbarkeit über Prüfanträge der Amtsparteien lediglich in einer, an einer Hand ab zu zählenden Fälle pro Jahr erfolgt¹³. Wollte man der BWB in diesem Bereich die Entscheidungsbefugnis dennoch überantworten, wären aber die umfassenden organisationsrechtlichen Maßnahmen durchzuführen, wie sie in der Beiratsstudie Nr 84 angedeutet worden sind¹⁴.

Aufgrund der dargelegten Analyse sieht der Beirat auch im Fall der Fusionskontrolle keine Notwendigkeit in die bestehende Behördenorganisation mit Aufgriffs-, Ermittlungs- und Antragsbefugnis der BWB und den entsprechenden Befugnissen des Bundeskartellanwalts einerseits und die Entscheidungsbefugnis des Kartellgerichtes andererseits einzugreifen.

Mit der Einführung der ordentlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit mit 01.01.2014 wurde das neue Bundesverwaltungsgericht als wettbewerbsrechtliche Rechtsmittelbehörde (Auskunftsbescheide der BWB; Maßnahmenbeschwerden gegen Akte der unmittelbaren behördlichen Befehls- und Zwangsgewalt der BWB; allfälliges sonstiges Verwaltungshandeln der BWB) geschaffen. Diesbezüglich wird nach wie vor die Option diskutiert, inwieweit sämtliche Rechtsmittel gegen Akte der BWB im Sinne einer Verfahrenskonzentration an die bestehende Kartellgerichtsbarkeit übergeleitet werden sollen. Dies gilt umso mehr, als das Bundesverwaltungsgericht ohnedies umfassende sonstige Aufgaben wahrzunehmen hat¹⁵. Der Beirat erachtet es als zweckmäßig, die Wettbewerbsagenden bei den bestehenden Behörden (BWB und Kartellgericht) zu konzentrieren. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass es wenig effizient ist, die Rechtsfragen um die Erlassung eines Hausdurchsuchungsbefehls den Kartellgerichten zuzuweisen, während Probleme einer möglichen Verletzung der Befehls- und Zwangsgewalt anlässlich einer Hausdurchsuchung dem Bundesverwaltungsgericht zugewiesen werden¹⁶. Auf die Regelungen zur Hausdurchsuchung durch die E-Control wird hingewiesen (siehe Punkt 4.).

Vorrangiges Ziel für weitere Reformbestrebungen im Kartellverfahren muss es sein, Verbesserungen im organisatorischen Bereich der BWB zu

12] Deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

13] Siehe dazu den Tätigkeitsbericht der BWB 2012, S 48 (Summe Phase II Fälle mit KG-Entscheidung)

14] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 31

15] Siehe dazu beispielsweise http://www.wienerzeitung.at/nachrichten/oesterreich/politik/598098_Ein-Gericht-fuer-fast-alles.html

16] In 16 Ok 2/12 stellt der OGH fest, dass § 12(4) WettbG eben nicht auf § 106 StPO (Einspruch gegen Rechtsverletzungen durch Strafverfolgungsbehörden) verweist.

verfestigen bzw auszubauen und die prozessualen Abläufe zu optimieren (siehe dazu auch die Aussagen im Regierungsprogramm). Bisher haben die Verantwortlichen auf politischer Ebene die (auch für effiziente Ermittlungshandlungen) notwendigen Ressourcen nicht ausreichend zur Verfügung gestellt, wie auch die BWB in ihrer Stellungnahme kritisch anmerkt. Trotz dieser Ressourcenknappheit hat die BWB hinsichtlich ihrer Aufgriffsfunktion umfassende Arbeit geleistet (Hausdurchsuchungen, Antragstellungen). Dennoch besteht nach Ansicht des Beirates Verbesserungsbedarf hinsichtlich der Verfahrensabläufe in und außerhalb der Behörde selbst (zB die juristische Vertretung vor dem Kartellgericht). In Hinblick auf Optimierungen im Bereich von Hierarchie und Verantwortungsstruktur in der BWB wird auf die Ausführungen in der Beiratsstudie Nr 84 verwiesen¹⁷.

Im vorliegenden Kontext der Behördenstruktur ist auch auf die unveränderte Stellung der Wettbewerbskommission einzugehen. Anknüpfend an die auch in diesem Bereich nach wie vor gültigen Empfehlungen aus der Beiratsstudie Nr 84¹⁸ ist die Rolle dieses Beratungsgremiums hervorzuheben, aktuelle Themen strukturiert zu erörtern und daraus gegebenenfalls Empfehlungen für eine weitere wettbewerbsrechtliche Behandlung durch die Behörde auszusprechen. Neben der Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe ermöglicht die Zusammensetzung des Gremiums thematisch vielschichtige Diskussionen und unterschiedliche Fokussierungen sowie einen vernetzten Zugang zu komplexen Themen. Der regelmäßige Austausch zwischen WBK und BWB erscheint vor diesem Hintergrund sinnvoll und trägt zu einer Verbreiterung des Entscheidungsfindungsprozesses der Behörde bei. In Einzelbereichen wäre eine Intensivierung bereits bestehender Kooperationsfelder zweckmäßig.

Nach Ansicht des Beirates gilt es, aktuell Antworten auf die drängenden Fragen der wettbewerbsrechtlichen Praxis zu finden und nicht neuerlich den Fehler zu begehen, nur über Zuständigkeiten und Einflussbereiche zu diskutieren, bzw um mit Walter Barfuß, vormals Generaldirektor für Wettbewerb, zu sprechen: „Wettbewerbsbehördenpolitik sollte nicht zum Tummelplatz politischen „Spaßes“ werden“¹⁹.

17] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 35/36

18] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 38/39

19] Barfuß, Wettbewerbspolitik quo vadis? in FS Raschauer, 2013, S 9

1.4. Wie wurden die Empfehlungen der Studie 2010 umgesetzt?

Der Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen hat in seiner Studie Nr 84 umfassende Empfehlungen²⁰ für eine Weiterentwicklung des Wettbewerbsrechts abgegeben. Mit dem KaWeRÄG 2012 hat der Gesetzgeber den überwiegenden Teil der Anregungen der Sozialpartner in das Kartellgesetz und das Wettbewerbsgesetz übernommen. Zum besseren Verständnis und Überblick über diese Veränderungen wird in der Folge der Wortlaut des Allgemeinen Teils der Erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage zum KaWeRÄG 2012 wiedergegeben:

Kartellgesetz:

1. Die österreichische Bagatellausnahme soll insbesondere durch eine Gegenausnahme für Hardcorekartelle den EU-rechtlichen Regelungen angeglichen werden;
2. Die Aufsicht über marktbeherrschende Unternehmen soll durch die Übernahme des Konzepts der gemeinsamen Marktbeherrschung nach § 19 Abs 2 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (im Folgenden: dGWB) sowie geänderte Formulierungen zum Preismissbrauch gestärkt werden;
3. Die Schaffung einer an § 29 dGWB angelehnten Sonderbestimmung über den Missbrauch der Marktmacht für Energieversorgungsunternehmen soll den Wettbewerb auf den durch eine hohe Konzentration gekennzeichneten Strom- und Gasmärkten forcieren und insbesondere den Preismissbrauch verhindern. Anbietern von Elektrizität und leitungsgebundenem Erdgas soll es verboten werden, Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen zu fordern, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmern auf vergleichbaren Märkten. Der Unternehmer hat aber die Möglichkeit, zu beweisen, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist. Weiters wird ein Verbot der Forderung von Entgelten, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten, vorgesehen. Die Bestimmung ist mit 31. Dezember 2016 befristet²¹;
4. Für das Zusammenschlusskontrollverfahren wird die Möglichkeit eingeführt, die Fristen für die Stellung des Prüfungsantrags und die

20] Siehe dazu Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 9 ff

21] Anmerkung: die dafür vorgesehene Bestimmung wurde im Parlament nicht beschlossen. Siehe dazu die Ausführungen in Punkt 3.2.

- Entscheidung des Kartellgerichts über Antrag der Anmelder zu verlängern („Stop-the-Clock-Verfahren“);
5. Feststellungsanträge sollen sowohl gegen Kronzeugen als auch zur Vorbereitung von Schadenersatzklagen zugelassen werden;
 6. Die Kriterien für die Geldbussenbemessung sollen anhand der Bußgeldleitlinien der Kommission ergänzt werden;
 7. Die Verteidigungsrechte im Bußgeldverfahren sollen durch besondere Anforderungen an Geldbussenanträge ausgebaut werden;
 8. Entscheidungen des Kartellgerichts sollen in Zukunft von Amts wegen und ohne Kostenersatz in der Ediktsdatei veröffentlicht werden;
 9. Für Schadenersatzklagen sollen Erleichterungen nach Vorbild des dGWB eingeführt werden;
 10. Die Gebühren für Kartellverfahren sollen valorisiert und komplettiert werden. Darüber hinaus enthält der Entwurf eine Reihe von redaktionellen Verbesserungen. So dient er etwa der Anpassung der Verweise an das Primärrecht der Europäischen Union: Art 2 des Vertrages von Lissabon hat den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) in den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) umbenannt und die bisherigen Artikel des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft unnummeriert. Ferner werden einige zwischenzeitig gegenstandslos gewordene Bestimmungen aufgehoben und nicht mehr zutreffende Verweise richtig gestellt. Einige Änderungsvorschläge des Entwurfs nehmen unmittelbar Bezug auf die vorgeschlagenen Änderungen des Wettbewerbsgesetzes.“

Wettbewerbsgesetz:

„Im Sinne des aktuellen Regierungsprogramms sollen die Befugnisse der BWB gestärkt werden. Die Erlangung von Auskünften von Unternehmen soll für die BWB einfacher werden, indem sie ermächtigt wird, die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Unterlagen unter Anwendung des AVG mit Bescheid anzuordnen und diesen auch zu vollstrecken. Die Verweigerung von Auskünften bzw die Erteilung unrichtiger, irreführender oder unvollständiger Auskünfte entgegen einem Bescheid der BWB (§ 11a Abs 3) sowie unrichtige oder irreführende Angaben aufgrund eines einfachen Auskunftsverlangens ohne Bescheid (§ 11a Abs 2) werden künftig von der BWB selbst zu verfolgende Verwaltungsübertretungen darstellen.

Um eine Übermittlung von Daten im Zuge von Ermittlungen – zB des Bundesamtes für Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung – betreffend Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht an die BWB zu

ermöglichen, wird eine an § 76 Abs 4 StPO angelehnte Bestimmung in das Wettbewerbsgesetz aufgenommen. Außerdem wird klargestellt, dass auch die Sicherstellung von IT-Daten durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Rahmen ihrer Hilfeleistung bei Hausdurchsuchungen zulässig ist.

Eine weitere Angleichung der Befugnisse der BWB an jene der Europäischen Kommission nach Verordnung (EG) Nr 1/2003 bringen folgende Bestimmungen: Das Auskunftsrecht der BWB gegenüber Unternehmen im Rahmen von Hausdurchsuchungen wird insofern ausgeweitet, als diese nun auch Erläuterungen zu Tatsachen oder Unterlagen verlangen kann, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Ermittlungen in Zusammenhang stehen, und sie nicht – wie bisher – auf Auskünfte betreffend den Aufbewahrungsort und den Inhalt von Dokumenten beschränkt bleibt. Außerdem wird die BWB künftig die Möglichkeit haben, Geschäftsräume und Unterlagen im Rahmen einer Hausdurchsuchung zu versiegeln, was insbesondere bei Hausdurchsuchungen, die länger als einen Tag dauern, zur Sicherung der Ermittlungsergebnisse von Bedeutung ist. Auch eine Beschlagnahme von Unterlagen ist vorgesehen.

Zudem soll eine Angleichung an das Kronzeugenregelungsmodell des Netzwerks der europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN) vorgenommen werden. Weiters soll auch die Möglichkeit eines Wettbewerbsmonitorings gesetzlich verankert werden.“

Im Rahmen der Reform wurden nicht alle Anregungen der Beiratsstudie Nr 84 berücksichtigt. Insoweit ergeben sich aus Sicht des Beirates folgende Themenschwerpunkte, die weiterhin als offen betrachtet werden müssen:

Sowohl im Regierungsprogramm als auch von Seiten der zuständigen Ministerien ist eine wettbewerbspolitische Strategie bisher nicht ersichtlich (siehe auch Punkt 1.2). Auch der „Lagebericht Wettbewerb“ wird derzeit noch nicht erstellt. Die Beiratsstudie Nr 84 hat die diesbezügliche Empfehlung ausgesprochen, um ausgehend vom Status quo die Weiterentwicklung im Hinblick auf eine wettbewerbspolitische Gesamtstrategie auch zukunftsorientiert zu dokumentieren. Dies wäre ein weiterer wichtiger Mosaikstein zur Verbesserung des Problembewusstseins für Wettbewerbsbelange und ein Zeichen für ein Bekenntnis der Verantwortungsträger für funktionierenden Wettbewerb.

Im Zuge der Behandlung im Parlament wurde die vom Beirat erwogene und in der Regierungsvorlage enthaltene Einführung einer an § 29 dGWB angelehnten Sonderbestimmung über den Missbrauch der Marktmacht für Energieversorgungsunternehmen nicht beschlossen. Im Rahmen der parlamentarischen Diskussion wurde eine eingehende Diskussion zu

diesem Themenbereich vorgeschlagen. Das Regierungsprogramm sieht nun abermals die Einführung einer Beweislastumkehr bei Preismissbrauch von marktmächtigen, monopolähnlichen Unternehmen im Bereich der Strom- und Gaswirtschaft vor.

Die Ausstattung der Bundeswettbewerbsbehörde, vor allem in personeller Hinsicht, wurde zwar schrittweise verbessert. Im internationalen Vergleich besteht allerdings nach wie vor Aufholbedarf. In diesem Zusammenhang wird auf die Ausführungen in der Beiratsstudie Nr 84²² verwiesen. Eine hinreichende Ressourcenausstattung ist notwendig, um eine effektive umfassende Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch die BWB als Aufsichts- und Ermittlungsbehörde in Österreich sicherzustellen.

Die Situation der Wettbewerbskommission hat sich nicht wesentlich verändert. Ihre Ausstattung ist weiterhin spärlich, der Aufgabenbereich wurde nicht wie angeregt weiterentwickelt (Öffnung der Gutachtenstätigkeit, Einbindung in das Auswahlverfahren für den Generaldirektor). Seit der Studie 2010 ist es zu keinem einzigen Gutachtensauftrag seitens des BMWFJ (nunmehr BMWFW) oder der BWB gekommen. Das Know-How der Wettbewerbskommission wurde somit bis dato nicht ausreichend genutzt.

Die Rolle der Regulierungsbehörden wurde im KaWeRÄG 2012 insofern gestärkt, als sie in den mündlichen Verhandlungen in jedem Fall teilnehmen können, auch dann wenn die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde und sie nicht Partei sind. Bezüglich der Zusammenarbeit zwischen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht und der Sektorregulierung ist den Expertengesprächen zu entnehmen, dass das Verhältnis weiter verbesserungswürdig ist (Protokolle RTR²³ und E-Control).

Hinsichtlich der angeregten Multiplikatorenregelungen wurde zwar die Anhörung der Wettbewerbskommission für deren Erlassung gesetzlich verankert. Das BMWFJ (nunmehr BMWFW) hat jedoch nicht wie angeregt, eine nähere Untersuchung angestellt, welche Branchen hiervon betroffen sein könnten. Zum Erlass einer einvernehmlichen Verordnung zwischen BMFWJ (nunmehr BMWFW) und BMJ ist es daher bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht gekommen.

In Bezug auf das Kronzeugenprogramm und dessen Durchführung ist es nicht zu einer Verrechtlichung gekommen, welche ausreichend Rechtsicherheit und Überprüfbarkeit hinsichtlich des Kronzeugenstatus bieten hätte sollen.

22] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 33/34

23] Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

Sowohl die Empfehlungen der Beiratsstudie Nr 84 als auch die nunmehr geführten Gespräche haben die Bedeutung der Überprüfbarkeit der Tatsachenfeststellungen des Kartellgerichtes durch das Kartellobergericht in zweite Instanz hervorgehoben. In der letzten Novelle wurde keine Regelung dazu getroffen.

Einer weiteren Beobachtung bedarf die Regelung des § 37 KartG hinsichtlich der von den Sozialpartnern geforderten Transparenz über Entscheidungen und Maßnahmen der Wettbewerbsbehörden. Seit dem Inkrafttreten dieser Bestimmung im März 2013 sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt erst eine Handvoll Entscheidungen in der Ediktsdatei veröffentlicht. Deshalb kann derzeit noch nicht gesagt werden, ob diese Regelung zur inhaltlichen Transparenzoptimierung ausreichend ist. Festgehalten wird, dass zwischen Entscheidung und Veröffentlichung regelmäßig ein großer Zeitraum in Folge des Anonymisierungsverfahrens liegt (siehe dazu die Punkte 1.7, 2.7.3, 2.7.4).

Nach entsprechender Kritik in der Beiratsstudie Nr 84 wurde nun auch §39 KartG (Schutz von Geschäftsgeheimnissen) vom EuGH als europarechtswidrig erkannt (Rs Pfeiderer C-360/09, Rs Donauchemie C-536/11). Die nationale Regelung (Zustimmungen aller Verfahrensparteien notwendig) macht die Akteneinsicht in der Praxis faktisch unmöglich.

Bei der Durchsetzung von Auskunftsverlangen durch die BWB, hat der Gesetzgeber – entgegen der Empfehlung des Beirates – eine eigene Bescheidkompetenz der BWB vorgesehen. Der Geltungszeitraum der neuen Bestimmung ist zu kurz, um ein abschließendes Urteil abgeben zu können. Es ist auch öffentlich nicht bekannt, ob von dieser Kompetenz bereits Gebrauch gemacht wurde. Zur Frage der Rechtskontrolle wird auf die Ausführungen in Punkt 1.3 verwiesen.

Eine wesentliche, von den Sozialpartnern geforderte Maßnahme war die Einführung eines Wettbewerbsmonitorings. Dieses wurde nun in § 2 Abs 1 Z 8 WettbG als weiterer Aufgabenbereich der BWB eingeführt. Allerdings sind abgesehen von einer Veranstaltung bei der BWB noch keine weiteren Informationen über Format und Ausgestaltung der diesbezüglichen Pläne der BWB in die Öffentlichkeit getreten. Im Budget 2013 wurden der BWB bereits zusätzliche Ressourcen für die Durchführung des Wettbewerbsmonitorings zur Verfügung gestellt.

Durch die neue Regelung des § 37a KartG wurde nunmehr die Möglichkeit der Erlangung von Schadenersatz verbessert. Der Diskussionsprozess ist diesbezüglich aber auch in Hinblick auf den 2013 vorgelegten Entwurf für eine Richtlinie auf europäischer Ebene (COM (2013) 404 final) noch nicht abgeschlossen.

Das im Regierungsprogramm der 24. GP festgelegte Vorhaben der Einführung von mehr Wettbewerb im Bereich der freien Berufe aus wettbewerbs- und beschäftigungspolitischen Erwägungen wurde bisher nicht ausreichend umgesetzt, dies gilt ebenso für die Frage der Interdisziplinären Gesellschaften, deren Ermöglichung im laufenden Regierungsprogramm in Aussicht gestellt worden ist .

1.5. Welche Fortentwicklungen hat es seit 2010 in der Praxis gegeben?

In der österreichischen Vollzugpraxis haben seit der Beiratsstudie Nr 84 die Vollzugsmaßnahmen vor allem im Rahmen der Ermittlungstätigkeit der BWB an Zahl und Intensität zugenommen. Dadurch hat es – gemessen auch an den internen Fallzahlen der Amtsparteien ein Mehr an behördlichen Fällen gegeben. Darüber hinaus werden seit zwei Jahren verstärkt Hausdurchsuchungen durchgeführt und Geldbußenverfahren durch Settlements beendet.

Medienberichten zu Folge haben bis ins Jahr 2014 rund 60 Hausdurchsuchungen stattgefunden²⁴. Dem jüngsten Tätigkeitsbericht des Kartellgerichts ist zu entnehmen, dass im Jahr 2013 115 Anträge auf Hausdurchsuchung und 19 Anträge auf Verhängung von Geldbußen gestellt worden sind. Die Diskrepanz in diesen Verfahrenszahlen bezüglich der Hausdurchsuchungen ergibt sich im Wesentlichen aus der unterschiedlichen Zählweise bei der Vergabe von Aktenzahlen zwischen Kartellgericht und BWB. Hier ist es aus Sicht der interessierten Öffentlichkeit wünschenswert, wenn die verschiedenen Zählweisen vereinheitlicht werden könnten, da sonst ein falscher Eindruck über beantragte, genehmigte und durchgeführte Hausdurchsuchungen entsteht. In diesem Zusammenhang ist zu erwägen, im Sinne einer modernen Aktenführung das bisher händisch geführte Kartellregister auf elektronische Form umzustellen.

In der Praxis ist das Kartellrecht – nun auch durch innerösterreichische Aktivitäten – verstärkt in den Blickpunkt der Öffentlichkeit getreten. Das Kartellrecht wird wahrgenommen und in einem größeren Umfang als früher ernst genommen. Demgegenüber sind die Ressourcen der Bundeswettbewerbsbehörde nur bescheiden angewachsen und entsprechen bei weitem nicht den Empfehlungen des Beirates. Dies gilt im Übrigen auch für die Belange der Wettbewerbskommission; keine Verbesserung der Ressourcen hat es auch beim Bundeskartellanwalt und der Kartell-

24] Siehe dazu das Interview mit GD Thanner unter dem Titel: Wachsame Augen, Cash 4/2014, S 31 ff

gerichtsbarkeit gegeben, wobei mittlerweile aber mehr Richter zu einem hohen Prozentsatz dem Kartellgericht zugeordnet worden sind, als dies noch 2010 der Fall gewesen ist.

Beim Kartellgericht haben sich die Fallzahlen im Jahr 2013 mehr als verdoppelt. Die damit verbundene Mehrbelastung konnte nur bewältigt werden, weil die in den letzten Jahren bemerkbare Personalfuktuation beim Kartellgericht merklich abgenommen hat und nun relativ stabile Senatsbesetzungen vorliegen.

Die BWB steht sowohl hinsichtlich ihrer Tätigkeit als auch hinsichtlich ihrer Organisationsform als monokratische Behörde unter einem besonderen Ergebnisdruck. Die nunmehr langjährigen Ressourcenprobleme werden zunehmend virulent und offensichtlich. Demgegenüber sind die aufgegriffenen Fälle enorm angestiegen. Um diese möglichst ressourcenschonend zu bewältigen, greift die Behörde verstärkt auf das Instrument der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung (Settlement) zurück. Es ist unbestreitbar, dass ein Kartellverfahren sowohl von behördlicher als auch von Seiten der betroffenen Unternehmen zu komplexen und schwierigen Situationen und Problemen führt, die je nach Interessenlage des jeweils Befassten unterschiedlich eingeschätzt werden. Gerade bei den jüngsten Kartellfällen im Vertikalbereich haben Settlements nicht ausreichend zur Klärung der Sach- und Rechtslage beigetragen. Auch wenn BWB und Unternehmen Vorteile von einer „raschen“ Verfahrensbeendigung haben, bleibt doch ein Unbehagen, weil die Sachverhalte nicht vollständig erhoben und offene Rechtsfragen nicht gerichtlich geklärt werden. Unternehmen bezahlen Geldbußen obwohl sie erklären, dass sie der Behörde inhaltlich nicht Recht geben und Vieles eine rechtliche Grauzone darstelle. In der Öffentlichkeit kann dadurch der Eindruck entstehen, dass sich Unternehmen, insbesondere KMUs, im Rahmen des Settlementverfahrens einer gewissen Drucksituation ausgesetzt sehen.

Problematisiert wird weiters der Umstand, dass bei Kartellverfahren gegen ein bestimmtes Unternehmen (Einzelverfahren) auch Sachverhalte gegen Unternehmen aufgenommen werden, die nicht Partei dieses Verfahrens sind, somit keine Parteienrechte im gegenständlichen Verfahren haben²⁵. Außerdem erfährt die Öffentlichkeit im Rahmen von Einzelverfahren nicht, zwischen welchen Unternehmen Absprachen getroffen worden sind.

Hier gilt es, diese Entwicklung in eine stärkere rechtliche Determinierung zu bringen, bei der die Verfahrensgarantien des Strafrechtes und des europäischen Kartellverfahrensrechtes auch im nationalen Kartellrecht zu

25] Siehe auch KOG 16 Ok 15/13 vom 31.1.2014

berücksichtigen sind. Sonst entsteht die Gefahr, dass Sachverhalte nicht restlos aufgeklärt werden und damit wettbewerbsschädigendes Verhalten nicht ausreichend pönalisiert wird, oder – im gegenteiligen Fall – Sachverhalte aus Gründen des Rechtsfriedens als Verstoß zugestanden werden, die bei wettbewerbsökonomischer Würdigung wohlfahrtssteigernd gewesen wären. Die gegenwärtige Situation trägt damit nicht zur Verbesserung von Transparenz und Rechtssicherheit bei.

In diesem Zusammenhang wird auch auf die unbefriedigende Informationspolitik der BWB hingewiesen. Eine durchgängige Praxis ist hier nicht ersichtlich. Teilweise erfolgt überhaupt keine (zeitnahe) Berichterstattung über wesentliche Fälle, teilweise entsteht der Eindruck, dass rasche Settlements (auch) mit dürftigen Informationsinhalten an die Öffentlichkeit „belohnt“ werden. Dies steht nicht im Einklang mit den Bestrebungen auf EU-Ebene zur Stärkung des Private Enforcement. Die Informationspolitik sollte dergestalt sein, dass alle betroffenen Unternehmen bei Öffentlichkeitsmaßnahmen entsprechend nachvollziehbarer, gleicher und nichtdiskriminierender Grundsätze behandelt werden. Der Beirat unterstützt die Forderung der Studienvereinigung Kartellrecht²⁶ nach Erarbeitung allgemeiner Kommunikationsgrundsätze, die mit einer umfassenden Berichterstattung über wettbewerbsrelevante Vorgänge, zB den Entscheidungen der Kartellgerichtsbarkeit, zeitnah auf der Homepage der BWB verbunden sind. Dabei steht insbesondere das Bedürfnis der Öffentlichkeit im Vordergrund, über den Gesamtzusammenhang eines Kartellverfahrens, welches aus mehreren Einzelverfahren besteht, entsprechend umfassend informiert zu werden. Daher sollte der BWB die ausdrückliche Aufgabe überbunden werden, eine Gesamtfallberichterstattung – nach Abschluss der relevanten Einzelverfahren – zu veröffentlichen.

Generell sind Verfahrensabläufe und Behördenbefugnisse laufend dahingehend zu prüfen, inwieweit die Verfolgung von Kartellrechtsverstößen noch besser und effektiver ausgestaltet werden kann.

Die nachfolgenden Kapitel enthalten Vorschläge, wie die bestehende Vollzugssituation nachhaltig verbessert und die Vollzugspraxis der Amtsparteien – entsprechend den Vorgaben des Regierungsprogramms – gestärkt werden können. Es geht dabei im Wesentlichen darum die Grundsätze der Effektivität, der Transparenz und der Rechtsstaatlichkeit einzuhalten.

26] Die Studienvereinigung hat sich als Ziel „die Förderung der Wissenschaft auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts“ im deutschsprachigen Bereich gesetzt. Mitglied der Vereinigung können nur Rechtsanwälte werden, die im Bereich des Kartellrechts tätig sind. Für Österreich ist eine eigene Arbeitsgruppe eingerichtet.

1.6. Kartellrechtliche Vorhaben im Arbeitsprogramm der österreichischen Bundesregierung 2013-2018

Im Dezember 2013 wurde zwischen den Koalitionsparteien der Bundesregierung ein Arbeitsprogramm vorgelegt, welches zu den Themen Kartell- und Wettbewerbsrecht in den Kapiteln Wachstum und Justiz folgende Aussagen trifft:

Wachstum

Ziel: Massive Steigerung der Beschäftigung mit dem Ziel der Vollbeschäftigung durch überdurchschnittliches Wirtschaftswachstum gegenüber der Eurozone.

Faire Spielregeln für Wettbewerb schaffen

- a) Fairer Wettbewerb durch moderne Strukturen in der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB)
- b) Mehr Transparenz im Kartellverfahren (zB Namensnennung nach Abschluss eines Verfahrens)
- c) Erarbeitung eines klaren und transparenten Verfahrensrechts beim Settlement. unter Berücksichtigung der Vorgehensweise in der EU sowie der Grundsätze für die Entscheidungsveröffentlichung; Erfolgreiche Kronzeugenprogramme sichern;
- d) Verjährungsbestimmung anpassen: Verstöße sollen nicht während laufender Ermittlungshandlungen verjähren
- e) Bußgelder zweckgewidmet für Konsumentenschutz an den VKI (mit Deckelung, je nach Aufkommen und unter Berücksichtigung der bisher aus den Einnahmen finanzierten Leistungen), VKI soll nach der Richtlinie ‚Beraten statt Klagen‘ vorgehen
- f) Beweislastumkehr bei Preismissbrauch von marktmächtigen, monopolähnlichen Unternehmen im Bereich der Strom- und Gaswirtschaft“

Justiz

Moderne Regeln für eine moderne Gesellschaft: Stärkung der Transparenz, der Befugnisse und Strukturen der Wettbewerbsbehörden.

Verbesserter Zugang zum Recht sowie erhöhter Rechtsschutz:

Verbesserung der Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden mit staatlichen Kontrollbehörden (wie FMA, BWB etc).

Abgesehen vom Thema der Zweckwidmung der kartellgerichtlichen Geldbußen, beinhaltet das Regierungsprogramm vor allem wesentliche Eckpunkte, auf die bereits in der Beiratsstudie Nr 84 hingewiesen wurde, bzw die im Zuge der gegenständlichen Studie im Rahmen der Expertengesprächen angesprochen werden.

1.7. Größere Transparenz für bessere Informationen und mehr Rechtssicherheit für Verbraucher und Unternehmer

Transparenz vor allem im Kartellvollzug hat viele Aspekte: Einerseits besteht ein behördliches Interesse daran, sensible Informationen geheim zu halten. So dient der Schutz des Kronzeugen und der Kronzeugeninformationen dem legitimen Verfolgungsinteresse des Staates; ebenso sollen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse grundsätzlich dann geschützt werden, wenn deren Offenlegung zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen würde („Kartellabsprache im Gerichtssaal“). Andererseits bestehen die berechtigten Interessen der Öffentlichkeit, vor allem aber geschädigter Konsumenten und Unternehmen zu erfahren, welche Wettbewerbsbeschränkungen stattgefunden haben, um zu überprüfen, ob sie allenfalls davon betroffen sind. Ebenso wollen Unternehmen ein Höchstmaß an Rechtssicherheit darüber gewinnen, wie konkrete Sachverhalte kartellrechtlich von Wettbewerbsbehörden gewürdigt werden. Innerhalb dieser unterschiedlichen Informationsinteressen bestehen teilweise Spannungsverhältnisse, teilweise ergänzen sie sich dort, wo es gesellschaftlich um eine Verbesserung der Wettbewerbsgesinnung geht.

Der Transparenz dienen bereits bisher einzelne Veröffentlichungspflichten der Wettbewerbsbehörden. Allerdings muss festgehalten werden, dass die Informationslage von öffentlicher Seite weiterhin dürftig und selektiv erfolgt. Im Folgenden stehen viele der empfohlenen Maßnahmen im Fokus von Transparenzüberlegungen und Rechtssicherheit.

2. Verfahrensfragen

2.1. Kronzeugen

Die Stellung des Kronzeugen gemäß § 11 Abs 3 WettbG ist nach wie vor nur durch eine Zusage der BWB abgedeckt und nicht, wie vom Beirat 2010²⁷ gefordert, rechtlich abgesichert.

Durch die formlose Zusicherung ist eine rechtliche Überprüfung der „Entscheidung“ der BWB, wem der Kronzeugenstatus einzuräumen ist – und vice versa wem nicht – nach wie vor nicht überprüfbar. Ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung kann dies nicht einer rechtlichen Kontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht zugeführt werden (Art 130 Abs 2 B-VG). Das Verhältnis zwischen dem Schutz des Kronzeugen einerseits und dem Zugang der Geschädigten zu Informationen über Schaden und Schädiger andererseits werden Gegenstand der Regelungen im Rahmen der künftigen EU-Richtlinie zum Private Enforcement sein.

Durch die mangelhafte Abgrenzung zwischen Settlement- und Kronzeugenverfahren kann es zu einer übermäßigen Reduktion der Geldbuße kommen. Bei der Zumessung der Geldbuße ist in der Praxis klar zu unterscheiden, welcher Nachlass einem Unternehmen aufgrund der Kronzeugenregelung und welcher Nachlass für eine Außerstreitstellung im Sinne eines Settlements gewährt wird. Aufgrund der parallelen Offenlegung von Informationen im Rahmen des Kronzeugenprogramms und der Außerstreitstellung dieser Fakten im Rahmen eines Settlements darf es zu keiner „Doppelbelohnung“ kommen.

Eine Koordinierung zwischen der strafrechtlichen und der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung ist weiterhin geboten. Es sollte klargestellt werden, dass Geldbußen nach dem Kartellgesetz entweder in voller Höhe oder infolge des Kronzeugenstatus abgemindert jene nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz verdrängen (Grundsatz *ne bis in idem*).

2.2. Verfahren vor der BWB

2.2.1. Vorverfahren

Die BWB argumentiert, dass sie als reines Ermittlungsorgan keine Akte setzen kann, die in die Rechtssphäre eines Dritten eingreifen können. Dies geschehe erst durch Antragstellung an das Kartellgericht und dort

27] Beiratsstudie Nr 84 (2010) S 48/49

gäbe es das Recht auf rechtliches Gehör und ähnliche Verfahrensgarantien. Dies ist aber aufgrund der Besonderheit des Kartellrechtes und des gerichtlich-verwaltungsrechtlichen Mischverfahrens nicht zutreffend, da die BWB sehr wohl materielle Festlegung trifft, etwa durch Einräumung des Kronzeugenstatus, die Ausstellung von Ladungsbescheiden, die Bescheide im Zusammenhang mit einem Auskunftsverlangen, den Abschluss von Settlements, die Annahme von Zusagen bei Fusionen in Phase I und die Stellung von Prüfanträgen etc. Von Seiten der BWB wird die Behörde auch als Tribunal im Sinne des Art 6 MRK bezeichnet²⁸. Da das Verwaltungshandeln auch im Aufgriffsverfahren überprüfbar sein muss, gilt es auch hier rechtsstaatliche Mechanismen einzubauen, ohne dass dabei die notwendigen und zweckmäßigen Ermittlungshandlungen der BWB gefährdet werden.

Im Zusammenhang mit den Überlegungen des EuGH in der Rechtssache *Donauchemie* wird zu diskutieren sein, inwieweit – zur Durchsetzung des materiellen EU-Rechtes – eine Akteneinsicht bei der BWB notwendig oder geboten ist. Die diesbezüglichen Wertungen sind auch auf die bei der BWB geführten Verfahrensakte durchaus zu übertragen²⁹. Demnach wird – zumindest in Verfahren nach Art 101 ff AEUV – in Akte der BWB Einsicht zu gewähren sein, wenn das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist. Dies ist mit Sicherung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens, an dem ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht zu begründen. Soweit Akteneinsicht gewährt wird, sind freilich solche Informationen von der Einsichtnahme auszunehmen, an denen ein überwiegendes berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse) der Beteiligten besteht³⁰.

Nach Ansicht des Beirates müssen auch im Verfahren bei der BWB die europarechtlichen und einzelstaatlichen Verfahrensgarantien eingehalten werden. Da das europäische Ermittlungssystem sehr erfolgreich ist, besteht kein Grund dafür, weshalb die Verfahrensgarantien im nationalen Recht geringer sein sollen.

Es ist zu erwägen, dass bei Zeugeneinvernahmen auf Wunsch des Zeugen Vertrauenspersonen – unter anderem auch Rechtsvertreter – hinzuge-

28] Thanner/Paulus; BWB-NEU: Gedanken zur Weiterentwicklung des Wettbewerbssystems, OZK 2009, 167; allerdings ist die Weisungsfreiheit und damit Unabhängigkeit der „Organe zur Sicherung des Wettbewerbs“ nur noch einfachgesetzlich abgesichert (Art 20 Abs 2 Ziff 4 B-VG).

29] Winner/AppI, Wettbewerbsvollzug in Österreich im Vergleich zu ausgewählten Ländern – Die einvernehmliche Beendigung von Kartellverfahren durch „Settlement“ unter Berücksichtigung der Anforderungen an die Verfahrenstransparenz und Bußgeldbemessung; S 26 f; Studie im Auftrag der AK, 2013

30] Siehe dazu auch den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, COM/2013/0813 final

zogen werden können. Deren Aufgabe ist es nicht, die BWB in ihren Ermittlungshandlungen zu behindern, sondern vielmehr die Rechtssphäre der von der Behörde vernommenen Personen zu schützen. Dies darf kein Gegensatz sein.

Wie bereits in der Beiratsstudie Nr 84³¹ gefordert, ist das Anwaltsprivileg in den Ermittlungshandlungen der BWB zu respektieren – gemäß den europäischen Regeln.

In § 13 WettbG ist im Rahmen des rechtlichen Gehörs seitens der BWB den Antragsgegnern Gelegenheit zu geben, von den Ermittlungsergebnissen der BWB Kenntnis zu erlangen und in angemessener Frist dazu Stellung zu nehmen. Diese Bestimmung bezieht sich seit der Novelle 2005 allerdings – wenig zweckmäßig – nicht mehr auf Geldbußenanträge; zur Wahrung der Verfahrensgarantien sollte die Anwendung dieser Bestimmung auf Verfahren nach § 29 KartG wieder erstreckt werden.

Wenn in diesem Rahmen die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen besser gewahrt werden, spricht in Folge auch nichts dagegen, die Bekanntmachungsbestimmungen gemäß § 10b Abs 2 WettbG (Information über die Antragstellung beim Kartellgericht) in jedem Fall objektiv und einheitlich wahrzunehmen, was derzeit nur lückenhaft passiert. Daher wären auch jedenfalls Anträge auf Geldbußen in diese Bestimmung aufzunehmen.

Die BWB trifft als zentrale Behörde zum Schutz des Wettbewerbs im Rahmen ihres Kompetenzbereiches besondere Transparenzverantwortung – gerade im Zusammenhang mit der Competition Advocacy und in Hinblick auf die strafrechtsähnlichen Ermittlungsmethoden und Rechtsfolgen des Kartellrechtes. Eine transparente Informationspolitik der Behörde ist auch in Hinblick auf die generalpräventive Wirkung unerlässlich. Dabei ist eine objektive, den rechtsstaatlichen Grundsätzen genügende Öffentlichkeitsarbeit geboten (objektive, umfassende Information zum richtigen Zeitpunkt). Der auch im internationalen Kontext häufig feststellbaren Tendenz zum Eigenmarketing von Wettbewerbsbehörden ist in diesem Zusammenhang mit Skepsis zu begegnen.

Insgesamt sollte für das effizient gestaltete Vorverfahren und eine künftige Reform der BWB der Grundsatz „Das Höchstmaß an Rechtsstaatlichkeit verbunden mit dem Höchstmaß an Transparenz“ gelten.

2.2.2. Standpunkte – Leitlinien

Leitlinien (Mitteilungen, etc) einer Wettbewerbsbehörde sollen den Normunterworfenen Anleitung zu bestimmten in der Praxis häufiger zu

31] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 53

Tage getretenen Fragestellungen geben³². Praxisrelevante Leitlinien dienen der Rechtssicherheit einerseits und der Verwaltungseffizienz andererseits. Die Veröffentlichung rechtlicher Standpunkte kann daher wesentlich zur Transparenz und zum besseren Verständnis komplexer kartellrechtlicher Problemstellungen beitragen und ist ein unverzichtbares Element der behördlichen Kommunikationsstrategie.

Die EU-Kommission, welche im Rahmen ihrer Kompetenzen auch Entscheidungsbehörde ist, hat eine vorbildliche und reichhaltige Leitlinienpraxis entwickelt hat. Vergleichbare Veröffentlichungen der BWB sind in ihrer rechtlichen Qualität als Meinung einer Amtspartei einzustufen. Weder die Leitlinien der Kommission noch die Standpunkte der BWB vermögen gerichtliche Instanzen in ihrer Erkenntnisfindung zu binden; allerdings binden sich dadurch die beiden Behörden in ihrer jeweiligen Zuständigkeit (zB in der Übung des Aufgriffmessens). Die meisten bis dato veröffentlichten Standpunkte der BWB befassen sich mit Detailfragen der Fusionskontrolle. In jüngster Zeit (seit Juli 2013) ringt die BWB um die Herausgabe eines Standpunktes zu vertikalen Preisbindungen. Um die Akzeptanz und Praxistauglichkeit solcher Kommunikationsinstrumente zu verbessern, empfiehlt es sich, einen breiten, offenen Diskurs mit der interessierten Öffentlichkeit und den betroffenen Stakeholdern zu führen, die gesicherte Rechtslage und gesicherte wettbewerbsökonomische Erkenntnisse zu berücksichtigen und diese dann zügig umzusetzen. Die Möglichkeit der BWB solche mittel- bis langfristig wirkenden Instrumente zielgerichtet in die Tat umzusetzen, hängt aber nicht zuletzt wesentlich von der Prioritätensetzung und der Frage der Ressourcenausstattung der Behörde ab.

Es ist auf faktischem Weg eine Verbesserung des Verfahrens zur Erlangung von Standpunkten/Leitlinien anzustreben. Es sollten ähnlich dem Verfahren vor der EU-Kommission schriftliche und mündliche Konsultationsrunden im Rahmen von breiten Anhörungen durchgeführt werden, bevor diese veröffentlicht werden. Diese Leitlinien sollen der Rechtssicherheit der Betroffenen dienen und müssen daher analog einem öffentlichen Begutachtungsverfahren erarbeitet werden. Dabei ist der Komplexität der jeweiligen Rechtsfrage Rechnung zu tragen.

2.3. Hausdurchsuchung

Mit dem KaWeRÄG 2012 wurden im § 12 Abs 5 WettbG Einschränkungen hinsichtlich des umfassenden Widerspruchsrechtes

32] So ähnlich definiert die BWB auch ihren Aufgabenbereich bei der Erlassung von Standpunkten, <http://www.bwb.gv.at/Fachinformationen/Standpunkte/Seiten/default.aspx>

gegen die Ergebnisse einer Hausdurchsuchung vorgenommen. In der Vergangenheit haben betroffene Unternehmen beinahe „inflationär“ vom Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht, mit der Wirkung, dass der zuständige Senatsvorsitzende des Kartellgerichtes als Einzelrichter mit der praktisch undurchführbaren Aufgabe konfrontiert worden war, dem Antrag auf Prüfung der Herausgabe von Unterlagen (immense Datenmengen) nachzukommen. Die Neuregelung gemäß § 12 Abs 5 und 6 WettbG, welche sich an strafrechtlichen Bestimmungen orientiert, hat diese Möglichkeit nun stark eingeschränkt. Widerspricht das betroffene Unternehmen im Rahmen der Hausdurchsuchung in die Einsicht von Unterlagen aus Gründen einer gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht oder eines gesetzlichen Aussageverweigerungsrechtes so sind die Unterlagen nunmehr einzeln zu bezeichnen. Ist eine Bezeichnung einzelner Unterlagen im Zuge der Hausdurchsuchung nicht möglich, so sind auf Verlangen des Betroffenen Kategorien von Unterlagen zu sichern und bei der BWB getrennt vom Ermittlungsakt zu hinterlegen. Der Betroffene kann nun innerhalb einer von der BWB zu setzenden Frist, die mindestens zwei Wochen zu betragen hat, Unterlagen einzeln bezeichnen. Das Kartellgericht hat sodann die Unterlagen zu sichten und mit Beschluss des Senatsvorsitzenden zu entscheiden, ob und in welchem Umfang in die Unterlagen durch die BWB Einsicht genommen werden darf. Dieser Reformschritt wird kontroversiell diskutiert. Die Studienvereinigung Kartellrecht sieht die massive Einschränkung des Widerspruchsrechtes gegenüber der alten Rechtslage als problematisch an, weil nunmehr de facto das Widerspruchsrecht nur auf wenige Fälle beschränkt sei und zudem kaum praktische Bedeutung haben werde. Darüber hinaus wird argumentiert, dass ein Widerspruchsrecht bei einer Überschreitung des Hausdurchsuchungsbefehls oder im Falle der rechtlichen Mangelhaftigkeit des Hausdurchsuchungsbefehls nicht möglich ist.

Das Kartellgericht selbst geht allerdings davon aus, dass durch die Neuregelung die Effizienz der Ermittlungen gesteigert wird. Die nunmehrigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung eines Widerspruchsrechtes werden den Umfang der Versiegelungen stark reduzieren. Das Kartellgericht gesteht aber zu, dass das „Pendel“ nun wohl recht weit in die andere Richtung ausschlagen wird. Es wird daher nach einem Beobachtungszeitraum zu evaluieren sein, ob das nunmehr gesetzlich vorgesehene Beweisverwertungsverbot den betroffenen Unternehmen einen ausreichenden Schutz gegen überschießende Ermittlungshandlungen bietet.

Nach Ansicht des Beirates wird die Vollzugspraxis zunächst abzuwarten sein und auch allfällige Entscheidungen über Maßnahmenbeschwerden

des Bundesverwaltungsgerichtes werden zeigen, ob Verbesserungen notwendig sein werden.

Hinsichtlich der Frage der diesbezüglichen Kompetenz durch das Bundesverwaltungsgericht empfiehlt der Beirat die Rechtsmittel gegen Maßnahmenbeschwerden aus Effizienzgründen und im Sinne einer einheitlichen Entscheidungspraxis direkt beim Kartellgericht zu konzentrieren (siehe auch Punkt 1.3).

Im Zuge der Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse der BWB wurde auch das Befragungsrecht während Hausdurchsuchungen an die EU-Regelungen angepasst. Nach dem KaWeRÄG 2012 können nun auch im Zuge der Hausdurchsuchungen Mitarbeiter befragt werden. Gespräche des Beirates mit Beamten der EU-Kommission haben ergeben, dass dieses Recht aus praktischen und ermittlungstaktischen Erwägungen von der Kommission nur sehr eingeschränkt in Anspruch genommen wird. In Österreich besteht nach wie vor das Risiko, dass Kartellabsprachen (auch) strafrechtliche Sanktionen für einzelne Mitarbeiter nach sich ziehen können. Da Mitarbeiter oftmals nicht ausreichend über die Konsequenzen der Beantwortung, der an sie gerichteten Fragen informiert werden, wäre es sinnvoll, einerseits die Mitarbeiter über ihre Rechte und Pflichten durch die Behörde aufzuklären, sowie ihnen die Möglichkeit zu geben, eine Vertrauensperson ihrer Wahl bei den Befragungen hinzuzuziehen. Darüber hinaus ist auch der Betriebsrat unverzüglich über eine Hausdurchsuchung von der Behörde im Wege der Geschäftsleitung zu informieren.

2.4. Verjährung

Das Regierungsprogramm für die 25. Gesetzgebungsperiode sieht vor, dass die Verjährungsregel des § 33 KartG an die europäischen Bestimmungen angepasst werden soll, sodass Verstöße nicht während laufender Ermittlungshandlungen verjähren können.

Im nationalen Recht gibt es derzeit keine Verjährungsunterbrechung für den Fall, dass Ermittlungshandlungen von den Amtsparteien eingeleitet werden. Artikel 25 Abs 3 der VO 1/2003 sieht demgegenüber vor, dass die Verjährung durch schriftliche Auskunftsverlangen, schriftliche Nachprüfungsaufträge, Einleitung eines Verfahrens und die Mitteilung der Beschwerdepunkte unterbrochen wird. Der Beirat spricht sich ebenfalls für eine diesbezügliche Neuregelung aus. Eine diesbezügliche Ermittlungshandlung muss dabei aber klar an das betroffene Unternehmen kommuniziert werden.

Im Sinne der Rechtssicherheit und der Effizienz der Rechtsverfolgung muss allerdings gewährleistet sein, dass die Behörde das Ermittlungsver-

fahren innerhalb angemessener Frist durchführt und zu einem Ergebnis kommt: also einen Abstellungs- bzw Geldbußenantrag stellt oder das Verfahren einstellt und dies dem betroffenen Unternehmen entsprechend kommuniziert.

2.5. Sachverständige

Die Sachverständigen treffen nach wie vor die wesentlichen Feststellungen sowohl auf faktischer wie auf gutachterlicher Ebene in den verschiedenen Kartellverfahren. Vor allem in der Fusionskontrolle, wo die Verfahren mit einem engen Zeitkorsett versehen sind, sind sachverständige Befundaufnahmen und Gutachten zur wettbewerbsökonomischen Beurteilung unerlässlich; freilich determinieren die wettbewerbsökonomischen Befunde häufig die rechtliche Beurteilung der betroffenen Sachverhalte. Vor allem von Seiten der Anwaltschaft und der BWB wird die zentrale und wenig überprüfbare Rolle der Sachverständigen im Kartellverfahren gerügt.

Bereits 2010³³ hat der Beirat vorgeschlagen, dass die BWB verstärkt den Befund objektiv und nachvollziehbar erheben soll, um zumindest diese Tatsachen außerstreit zu stellen. Dass der Sachverständige nicht nur Beweismittel sondern auch Teil des Gerichtes ist, kann als unstrittig bezeichnet werden; sohin kann es auch kein Problem sein, wenn er wesentliche Wertungen des richterlichen Urteiles determiniert. Auch in anderen Wirtschaftsrechtmaterien beantworten die Sachverständigengutachten die zentralen Rechtsfragen implizit mit. Wesentlich ist daher die Methodik der Bestellung des Sachverständigen, die präzise Fassung der Fragen an den Sachverständigen und die Einbindung der Parteien in diesen Prozess. Zur Entschärfung der Sachverständigenproblematik wäre auch die bereits in der Beiratsstudie Nr 84 erhobene Forderung nach Einführung einer zweiten richterlichen Tatsacheninstanz zweckmäßig³⁴.

In der Praxis gibt es die Forderung, das Sachverständigenverfahren aufgrund seiner verfahrensentscheidenden Bedeutung näher im Gesetz zu regeln „oder zumindest neue Grundregeln zu finden, welche wohl darauf ausgelegt sind, die Unabhängigkeit und Qualität der Sachverständigen zu gewährleisten“³⁵. Als besonders problematisch werden hier folgende Umstände erachtet: Der Auswahlmodus, der Umfang des Gerichtsauftrags, die Parteienbeteiligung am Sachverständigenverfahren, die

33] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 53

34] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 50

35] Böheim/ Reidlinger, Der kartellrechtliche Sachverständige, WBl 9/2013, S 483 ff

faktische Bindung des Gerichtes und die hohen Kosten. Die mangelnde Bekämpfbarkeit der Tatsachenfeststellungen ist weniger ein Problem der Sachverständigenbefundaufnahme, als vielmehr des gesamten kartellgerichtlichen Verfahrens.

Sowohl bei der Auswahl des Sachverständigen als auch bei der Formulierung des Auftrages an den Sachverständigen muss das Gericht frei bleiben, da die jeweiligen Erfordernisse des Falls vom Senat im Rahmen des Erkenntnisprozesses individuell beurteilt werden müssen. Auch die Bindung des Kartellgerichts an das Gutachten des Sachverständigen ist kein Spezifikum des kartellgerichtlichen Verfahrens, sondern ein prozessuales Grundsatzthema, das aber dadurch entschärft wird, als der Sachverständige ja auch Teil des Gerichtes im jeweiligen Verfahren wird. Daher sollten aber auch die Ermittlungsschritte zur Befundaufnahme durch den Sachverständigen rechtsstaatlichen Kriterien entsprechen (vor allem rechtliches Gehör; ähnlich die Stellung eines beauftragten Richters § 282 ZPO).

Die Sachverständigenliste (§ 73 KartG) ist eine Auflistung beideter Personen, welche aufgrund der Erfahrungen des Kartellgerichtes grundsätzlich befähigt sein sollten, ökonomische Gutachten (wettbewerbsökonomischer oder betriebswirtschaftlicher Art) zu erstatten; die Wirkung dieser Liste ist indikativ und hat in früheren Zeiten eine größere Rolle gespielt. Die Sachverständigenliste kann nicht abschließend sein, um keinen potentiellen Sachverständigen vom Sachverständigenmarkt fernzuhalten; sie kann aber auch niemals verhindern, dass in spezifischen Marktkonstellationen aufgrund etwa von Befangenheiten mit den „bekannten“ Sachverständigen nicht das Auslangen gefunden werden kann.

Um die Sachverständigenliste wieder zu „beleben“, könnte daher angedacht werden, Mindestkriterien für die Aufnahme in die Sachverständigenliste zu definieren (diese müssten fachliche, formal-qualitative, aber auch praktische Kriterien – wie etwa die zeitliche Bereitschaft und kostenmäßige Deckelung umfassen), und die Liste dann als offene Expertenliste zu führen, wobei sich jede Person melden kann, die sich zur Einhaltung der notwendigen Mindestkriterien bereit erklärt.

Die Kosten für Sachverständige sind in den letzten Jahren exorbitant angestiegen, sodass die Forderungen nach einer „Kostenbremse“ nachvollzogen werden können; dies betrifft allerdings auch andere Wirtschaftsrechtsmaterien vor allem dann, wenn komplexe Sachverhalte zu bewerten sind (zB Unternehmensbewertungen im Rahmen von Squeeze-out Verfahren). Allerdings erscheinen Ansätze, nach denen möglichen Sachverständigen

ex ante allgemeine Kostengrenzen vorgegeben werden, wenig effizient. Solche können sich negativ auf die Bereitschaft von Experten auswirken, für die Kartellgerichtsbarkeit tätig zu werden; auch eine Rahmenvereinbarung im Ausschreibungsweg erscheint nicht leicht zu einer sachgerechten Lösung zu führen. Jedenfalls im Bereich der Fusionskontrolle lässt der vorgegebene Zeitrahmen keinen Spielraum für ein eigenes Sachverständigenauswahlverfahren zu. Die Remuneration der Sachverständigen richtet sich nach dem Gebührenanspruchsgesetz in Verbindung mit den tatsächlichen Verdienstmöglichkeiten des jeweiligen Sachverständigen.

Im Sinne einer verbesserten Transparenz auch im Verfahrensabschnitt „Sachverständigengutachten“ sollte angedacht werden, die um die notwendigen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse bereinigten Sachverständigengutachten nach Rechtskraft der Entscheidung der interessierten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Dies kann zur Qualitätskontrolle der Gutachten beitragen, da die Möglichkeit zu einer freiwilligen Peer-Review gegeben wird und die Sachverständigen damit rechnen müssen, sich dem fachlichen Diskurs der wissenschaftlichen Community zu stellen.

Zur Parteistellung der Amtsparteien ist festzuhalten, dass diese weniger als Partei im klassischen Sinne zu sehen sind, sondern ihrer besonderen Stellung als Bundesbehörden entsprechend ihrem gesetzlichen Auftrag zu betrachten sind. Daher sollte diskutiert werden, ob und inwieweit dem ermittelten Tatsachensubstrat der Amtsparteien erhöhten Wert beizumessen ist. Ihre Aufgaben sind die Erfüllung öffentlicher Interessen: daraus ergeben sich auch die höheren Erwartungen in Hinblick auf Transparenz und Kontrolle des Verwaltungshandelns. Es sollte geprüft werden, inwieweit der gesetzliche Auftrag der Amtsparteien näher und eindeutiger im Gesetzestext definiert werden kann. Dies könnte letzten Endes dazu führen, dass die Vorarbeiten der Amtsparteien vom Sachverständigen als Grundlage seiner Arbeit heranzuziehen sind und damit positive Auswirkungen auf Zeit- und Kostenaufwand von kartellgerichtlichen Verfahren haben werden.

Bei der Formulierung der Fragen an den Sachverständigen hängt es stark von der Vorgehensweise des Senatsvorsitzenden im Kartellgericht ab, inwieweit es eine Interessenabwägung gebietet, die Fragen an den Sachverständigen selbständig zu formulieren oder sie dem Parteiengehör zu unterwerfen. Der Wunsch vor allem der Anwaltschaft hier stärker eingebunden zu werden, ist verständlich, aber nicht sinnvoll regelbar, weil es von den Umständen des Einzelfalles abhängig ist, welches Vorgehen zweckmäßig ist.

Als weitere Lösung des Sachverständigenproblems könnte die Institutionalisierung von Amtssachverständigen in Kartellangelegenheiten angedacht

werden. Bis 31.12.2002 war dem Kartellgericht ein sozialpartnerschaftliches Gutachtergremium zur Seite gestellt, der Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten. Die Schaffung der Bundeswettbewerbsbehörde und die Entwicklung zum „More Economics Based Approach“ haben dann dessen Abschaffung bedingt; an die Stelle des Ausschusses sind die vom Gericht ernannten Sachverständigen getreten. Dies resultierte einerseits darin, dass die Gutachten – überwiegend – wissenschaftlich methodischer abgefasst sind – was allerdings noch nicht notgedrungen bedeutet, dass sie auch „richtiger“ sind; andererseits hat dieses gerichtsnahe Gremium ein Bruchteil der heutigen Sachverständigengebühren gekostet. Anstelle einer heute so nicht mehr zeitgemäßen Lösung könnte angedacht werden, entweder entsprechende Sachverständige direkt beim Kartellgericht anzustellen oder auf bestehenden institutionellen Sachverständigen etwa im Rahmen der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft oder der BWB bzw der Wettbewerbskommission zurückzugreifen. Alle diese Lösungsmodelle haben Vor- und Nachteile, die im Detail diskutiert werden müssten, wollte man ihnen nahetreten. Inwieweit die gesetzlich unabhängig gestellten Amtssachverständigen als Angestellte von Regulierungsbehörden im Rahmen ihrer Tätigkeit für die entscheidungsbefugten Instanzen hier als Vorbild dienen können, erscheint überprüfenswert, wobei hier die institutionelle Trennung von Entscheidung und Antragstellung im Fokus der Betrachtung stehen muss.

2.6. Settlement-Verfahren

Seit Sommer 2012 ist die BWB dazu übergegangen, in nahezu allen kartellrechtlichen Geldbußenverfahren diese einvernehmlich durch ein „Settlement“ abzuschließen. Einer der ersten Fälle war ein Boykottbeschluss österreichischer Brauereien, den Cash & Carry Bereich nicht mit Fassbier zu beliefern. Die BWB beantragte gegen 3 Brauereien eine herabgesetzte Geldbuße in Höhe von 1,11 Mio Euro³⁶. Das Kartellgericht verhängte die beantragte Geldbuße und fertigte die entsprechenden Beschlüsse in gekürzter Ausfertigung gemäß § 39 AußStrG aus.

Weitere Verfahren dieser Art folgten. Auch im Rahmen des weitergefassten Dämmstoffkartells wurden zunächst bis November 2012 gegen drei Baumärkte mit einem „Settlement“ Geldbußen in Höhe von insgesamt 435.000,- Euro verhängt³⁷. Wie schon im Fall der Brauereien erfolgte auch hier die Information zunächst in anonymer Form.

36] <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Archiv2012/Seiten/Kartellgerichtverhängt1,11MioEuroStrafeüberBierbranche.aspx>

37] <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Archiv2012/Seiten/BußgelderwegenvertikalerPreisabsprachenbeiDämmstoffprodukten.aspx>

Erster Fall im Lebensmitteleinzelhandelsbereich war der Geldbußenbeschluss gegen Berglandmilch in Höhe von 1,125 Mio Euro. Die Berichterstattung über diesen Fall erfolgte durch die zuständigen Behörden nur sehr zeitverzögert, und erst nach einem Pressebericht, der durch einen „Insider“ ins Rollen gebracht wurde³⁸. Erst danach erfolgten Pressemeldungen durch das Kartellgericht bzw die BWB³⁹.

Die anfängliche Kritik an dieser Vorgehensweise führte dazu, dass die belangten Unternehmen nun sowohl nachträglich als auch bei Folgeverfahren ausdrücklich genannt wurden.

Diese Fälle zeigen, dass von umfassenden Wettbewerbsverstößen „losgelöste“ Einzelentscheidungen viele Fragen weiterhin offen lassen. Informationen, zwischen welchen Unternehmen welche Absprachen getroffen wurden und welche konkreten Produkte diese betroffen haben, bleiben nach wie vor im Dunkeln.

Die Informationspolitik ist manchen Fällen unvollständig und inkonsistent: So wurden etwa im Geldbußenverfahren gegen die Firma Philips unterschiedliche Aussendungen veröffentlicht (unterschiedliche Produkt- und Firmenbezeichnungen)⁴⁰. Handelsunternehmen, welche an der wettbewerbsbeschränkenden Absprache beteiligt waren, wurden nicht genannt. Klare Anhaltspunkte für allfällige Schadenersatzprozesse fehlen auch hier, zumal es sich hier faktisch dadurch um abgeschlossene („gesetzte“) Verfahren handelt.

Die österreichische Praxis des Settlement-Verfahrens⁴¹ ist nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Der Entwurf eines Standpunktes zu vertikalen Preisbindungen der BWB vom Juli 2013 sieht vor, dass bei einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung bis zu 20% Strafnachlass gewährt werden können. Die Geldbußenreduktionen bei den oben angeführten Beispielen sind aber mangels ausreichender Information über die Bemessung der Geldbuße für die interessierte Öffentlichkeit nicht nachvollziehbar.

Im Rahmen eines Settlementverfahren ist es denk möglich, sich über folgende Verfahrensbestandteile zwischen betroffenen Unternehmen und BWB zu einigen:

38] <http://kurier.at/wirtschaft/unternehmen/berglandmilch-wegen-absprachen-abgestraft/3.062.228>

39] <http://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarkmachtmissbrauch/Entscheidungen/Seiten/BWBK-311Milch-undMolkereiprodukte.aspx>

40] <http://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarkmachtmissbrauch/Entscheidungen/Seiten/BWBK-285Elektronikbranche.aspx>; <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Seiten/BWBBußgeldantraginHöhevon2,9MioEUR.aspx>

41] Zum Procedere der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung in Kartellverfahren siehe auch Xeniadis/Kühnert OZK 2012/3, 83; Winner/Appel, Wettbewerbsvollzug in Österreich im Vergleich zu ausgewählten Ländern – Die einvernehmliche Beendigung von Kartellverfahren durch „Settlement“ unter Berücksichtigung der Anforderungen an die Verfahrenstransparenz und Bußgeldbemessung; Studie im Auftrag der AK, 2013.

1. Über die Fakten
2. Über die rechtliche Beurteilung
3. Über die Grundlage für die Berechnung der daraus resultierenden Geldbußenhöhe

Während bei der EU-Kommission im Rahmen eines Settlementverfahrens eine Einigung lediglich über die Fakten stattfinden kann und in Deutschland zusätzlich auch eine Einigung über deren rechtliche Beurteilung möglich ist, werden in Österreich im Zuge eines Settlements mit der BWB Vereinbarungen über alle drei Bereiche getroffen.

Der Vorteil eines Settlementverfahrens wird damit gerechtfertigt, dass der Verfahrensaufwand für die BWB minimiert werden kann, was in Anbetracht der ohnehin knappen Ressourcen auch notwendig erscheint. Für die belangten Unternehmen könnte neben der geminderten Geldbuße, dem verminderten Verfahrensaufwand auch der Schutz vor weiterreichender Publizität, welche einem kartellgerichtlichen Verfahren innewohnt, Anreiz zum Abschluss einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung sein. Darüber hinaus können Settlements auch vor allfälligen Schadenersatzforderungen Schutz bieten (siehe Entwurf EU-Richtlinie Schadenersatz).

Die anfängliche Kritik an der Intransparenz der Settlemententscheidungen hat aber auch dazu beigetragen, dass die meisten Senate des Kartellgerichts in nunmehr ständiger Praxis keine verkürzten Beschlüsse mehr ausfertigen. Da dies aber keine durchgängige bzw gesicherte Praxis ist, empfiehlt der Beirat auf Gesetzesebene zu regeln, dass im Kartellverfahren keine verkürzten Beschlussausfertigungen mehr möglich sein sollen.

Nach Ansicht des Beirates ist eine rechtliche Regelung zu den sogenannten „Settlementverfahrens“ – wie auch im Regierungsprogramm vorgesehen – in Betracht zu ziehen. Dies beinhaltet einerseits Regelungen zur Wahrung der Transparenz bei einvernehmlichen Beendigungen, andererseits sollte generell abstrakt das Ausmaß der möglichen Geldbußenreduktion festgelegt werden⁴².

Auch die Unternehmen sehen – wie bereits ausgeführt – die Settlementverfahren zunehmend kritisch, was ebenfalls für eine klare rechtliche Regelung spricht. Diesbezüglich empfiehlt sich, dass die BWB bei Fällen, die einem Settlement zugänglich sein könnten, zunächst verfahrenseinleitend einen entsprechend ausführlichen Geldbußenantrag (§ 36 (1a) KartG) beim Kartellgericht einbringen. Dies hätte ähnliche Wirkung

42] Vergleiche dazu die Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen in der geltenden Fassung

wie die Mitteilung der Beschwerdepunkte bei einem Verfahren der EU-Kommission. Erst danach soll es möglich sein, dass Vergleichsgespräche zwischen BWB und betroffenen Unternehmen geführt werden können.

Diese Maßnahmen sollen dazu beitragen, dass „Settlements“ nicht inflationär angewendet werden. Der Regelfall sollten Kartellverfahren darstellen, bei denen der Sachverhalt zur Gänze aufgearbeitet wird, die Rechtsschutzinstrumente in vollem Umfang zur Verfügung stehen und Rechtsfragen seitens des Kartellgerichts gelöst werden.

2.7. Geldbußenverfahren

2.7.1. Geldbußenbemessung

Die Beiratsstudie Nr. 84 hat zu diesem Punkt angeregt, verfahrensrechtliche Regelungen insbesondere in Bezug auf Anstiftung, Beteiligung, Strafmilderungs- bzw Erschwerungsgründe vorzunehmen. Das KaWeRÄG 2012 hat diesbezüglich nun Konkretisierungen in § 30 KartG vorgenommen. Im Vergleich zu den umfassenden Regelungen im Strafgesetzbuch bzw im Verwaltungsstrafgesetz wird die novellierte Klarstellung der Bemessungskriterien von der Kartellgerichtsbarkeit bzw den Amtsparteien, insbesondere dem Bundeskartellanwalt als noch immer zu wenig ausdifferenziert angesehen. Die geringe gesetzliche Determinierung zur Ermittlung der Geldbuße und die damit verbundene schwierige Vorhersehbarkeit im Sinne einer wirkungsvollen Generalprävention bleiben auch nach der neuen Rechtslage bestehen.

In Österreich fehlen – anders als in Deutschland oder auf europäischer Ebene – konkrete, auf § 30 KartG gestützte Leitlinien zur Geldbußenbemessung, wodurch das Verfahren zur Bestimmung von Geldbußen für den Rechtsunterworfenen intransparent wird. In der Praxis spielt der Kriterienkatalog des § 30 KartG nur eine sehr untergeordnete Rolle und wird mitunter von den Leitlinien der EK zur Geldbußenbemessung „verdrängt“⁴³. Eigenständige Leitlinien der BWB für die Bemessung von Geldbußen nach § 30 KartG – analog zum Handbuch zur Kronzeugenregelung – könnten hier eine wichtige Orientierungsfunktion erfüllen. Eine rein faktische Anwendung der europäischen Leitlinien erscheint nicht ausreichend. So könnten hier nähere Ausführungen zu Themen wie der Umsatzermittlung (kartellbetreffener Umsatz als Grundbetrag) getätigt

43] Siehe dazu und zu den folgenden Ausführungen sinngemäß Winner/AppI, Wettbewerbsvollzug in Österreich im Vergleich zu ausgewählten Ländern – Die einvernehmliche Beendigung von Kartellverfahren durch „Settlement“ unter Berücksichtigung der Anforderungen an die Verfahrenstransparenz und Bußgeldbemessung, Wien, 2013

werden. Solche Leitlinien sollen es aber Unternehmen nicht ermöglichen, die allenfalls drohenden Geldbußen bereits in „Kartellaufschläge“ einzukalkulieren. Solche Leitlinien sollen überdies eine ex post Plausibilisierung und Nachvollziehbarkeit der Geldbußenbemessung ermöglichen.

Eine angemessene Geldbuße muss dergestalt festgesetzt werden, dass der Wettbewerbsverstoß nicht Folge eines rationalen Kalküls ist (erlangter Gewinn zuzüglich einer Marge). Im Falle der Settlements und der diesbezüglichen intransparenten Abschlüsse kann nicht nachvollzogen werden, ob diese Grundregel eingehalten wird. Nachvollziehbarkeit ist gerade im Settlementverfahren dringend geboten; Geldbußenbeträge dürfen nicht willkürlich oder im Wege einer freien „Verhandlung“ festgesetzt werden.

2.7.2. Antragsbindung des Kartellgerichts

§ 36 Abs 2 KartG hat zur Absicherung der Kronzeugenregelung gemäß § 11 Abs 3 WettbG klargestellt, dass das Kartellgericht keine höheren Geldbußen als beantragt verhängen darf. In der Praxis wird dieses Prinzip aber nicht nur bei Verfahren, die aufgrund von Informationen eines Kronzeugen eingebracht werden, sondern auch ganz allgemein im Rahmen des „Settlementverfahrens“ (siehe dazu Kapitel 2.6.) angewandt.

In Bezug auf diesen Aspekt ist die Antragsbindung des Kartellgerichts allerdings aus folgenden Gründen nicht zweckmäßig.

Durch das „Verhandeln“ von Geldbußen ist nicht gewährleistet, dass diese der Höhe nach angemessen sind; die Transparenz, welche Abschlüsse im Rahmen der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung gewährt werden, ist – mangels Leitlinien – nicht ersichtlich. Der nunmehrigen Praxis fehlt auch die so wichtige öffentliche Kontrolle in Bezug auf das Behördenhandeln. Diese erscheint notwendig, da es sich beim Generaldirektor für Wettbewerb um ein monokratisches und unabhängiges Organ handelt – und dient auch der Legitimität seines Behördenhandelns.

Es wird daher vorgeschlagen, die Antragsbindung des Kartellgerichts nur mehr für die Fälle von Kronzeugenverfahren vorzusehen. Für alle anderen Verfahren, soll zwar die Möglichkeit bestehen, dass die Amtsparteien mitteilen können, welche Höhe der Geldbuße sie für angemessen halten und die „Berechnung“ bzw „Begründung“ auch vorzunehmen haben – dies sowohl abstrakt in Leitlinien (siehe Punkt 2.7.1.) als auch im Einzelfall. Allerdings soll für das Kartellgericht in diesen Fällen die Möglichkeit bestehen, auch höhere Geldbußen zu verhängen, wenn es dies für notwendig hält. Eine Verminderung der beantragten Geldbußenhöhe kann bereits de lege ferenda vorgenommen werden.

2.7.3. Mündliche Beschlussverkündung

Bei der Verhängung einer Geldbuße handelt es sich – auch nach höchstgerichtlicher Entscheidungspraxis – um eine Sanktion mit strafrechtsähnlichem Charakter. Sie verfolgt in erster Linie den Zweck, begangenes Unrecht zu ahnden (Repression) und der Begehung weiterer Zuwiderhandlungen vorzubeugen (Prävention), wodurch die kartellrechtliche Geldbuße die typischen Merkmale einer Strafe, insbesondere pönalen Charakter, aufweist.

Die mehrheitliche Praxis der Kartellsenate besteht darin, dass die Verkündung der Geldbußenbeschlüsse – gemessen an den Verfahrensgarantien von Art 6 EMRK – in einer öffentlich mündlichen Verhandlung erfolgt. Die Bedeutung von kartellgerichtlichen Verfahren hat auch für die Öffentlichkeit an Bedeutung gewonnen. So konnte in letzter Zeit festgestellt werden, dass öffentliche mündliche Verhandlungen auch von interessierten außenstehenden Personen, insbesondere auch der Medien, besucht wurden.

Da die Beschlussverkündung in einer öffentlichen mündlichen Verhandlung aber nicht durchgängige Praxis aller Kartellsenate ist und eine diesbezügliche gesetzliche Klarstellung fehlt, empfiehlt der Beirat unter den Gesichtspunkten der Verfahrensgarantien bzw aus Transparenzgesichtspunkten eine der Strafprozessordnung (§ 268 StPO) ähnliche Regelung auch in das Kartellgesetz einzuführen, sodass bei Entscheidungsreife vom Vorsitzenden des Kartellsenates in einer öffentlichen mündlichen Sitzung der Beschluss samt dessen wesentlichen Gründen unter Verlesung der angewendeten Gesetzesbestimmungen zu verkünden ist.

2.8. Transparente Informationen über Entscheidungen

Kernpunkt eines transparenten Kartellrechtvollzugsystems ist die Frage der Entscheidungsveröffentlichung im Sinne einer zeitnahen Information über wesentliche und objektive Eckpunkte einer Entscheidung, sobald diese getroffen worden ist, sowie eine Zugänglichmachung der gesamten Entscheidung nach Rechtskraft und nach Bereinigung von berechtigten Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, wobei hier der Schutz des künftigen Wettbewerbs im Vordergrund steht. In den Entscheidungen des Kartellgerichtes sollten auch die Kriterien ausführlich dargestellt werden, nach denen sich die Geldbuße bemisst. Die Berechnungsmodalitäten der BWB (betroffener Umsatz, Zu- und Abschläge), die noch allenfalls in Leitlinien ausgearbeitet werden sollten, könnten diesbezüglich herangezogen werden. Die Entscheidungspraxis der EK legt die Berechnungen explizit dar. Diese sollten auch in die Entscheidungsveröffentlichung in der Ediktsdatei nach

der neuen Regelung des § 37 KartG aufgenommen werden (siehe Studienvereinigung Kartellrecht). Teilweise wird dies in letzter Zeit bereits von einzelnen Richtern in dieser Form praktiziert.

Festgehalten wird in diesem Zusammenhang, dass die Veröffentlichung des wesentlichen Inhalts einer Entscheidung in der Ediktsdatei (§ 37 KartG) bedingt durch das Anonymisierungsverfahren – einschließlich allfälliger Rechtsmittel – lange Zeit in Anspruch nimmt (bis zu sechs Monate).

Wenn nun auch aus Gründen der Transparenz das Kartellgericht und das Kartellobergericht ihre Entscheidungen in der Ediktsdatei zu veröffentlichen haben, ist aber die BWB weiterhin angehalten, zeitnahe über die Ergebnisse von Verfahren zu berichten. Die Veröffentlichung in der Ediktsdatei bzw das Verfahren um diese können eine zeitnahe Information nicht leisten (siehe auch verbessertes Informationsverfahren bezüglich Ediktsdatei). Daher ist vom Gesetzgeber eine Informationspflicht der BWB wieder vorzusehen. Dabei sollten innerhalb kurzer Frist Informationen über die wesentlichen Entscheidungsmerkmale auf der Webseite der BWB bereitgestellt werden. Der Text für diese Information sollte vom Kartellgericht zur Verfügung gestellt werden, wobei den Parteienvertreter keine Mitsprache bei der Formulierung des Veröffentlichungstextes – entgegen der Veröffentlichung nach § 37 KartG – einzuräumen ist. Dabei sind als wesentliche Entscheidungsmerkmale (zB bei Geldbußenverfahren) anzugeben:

- Bezeichnung der Antragsgegner und jener Unternehmen, die an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligt waren, wenn gegen sie eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt
- konkrete Art der Wettbewerbsbeschränkung
- betroffene Märkte und Produkte
- Zeitraum der Verletzung
- Höhe der Geldbuße
- Verfahrensstand (rechtskräftig oder nicht)

§ 37 KartG wäre darüber hinaus dahingehend zu ergänzen, dass auch Entscheidungen, die im Provisorialverfahren ergehen (Einstweilige Verfügungen) aufgenommen werden; ebenso Entscheidungen, mit denen Anträge auf Feststellung, Abstellung und Verhängung einer Geldbuße abgewiesen wurden.

3. Materiellrechtliche Fragen

3.1. Private Enforcement (Schadenersatz)

Die öffentliche Rechtsdurchsetzung des Kartell- und Wettbewerbsgesetzes durch die Wettbewerbsbehörden (*Public Enforcement*) sowie die private Rechtsdurchsetzung durch Geltendmachung von Schadenersatzansprüche in Folge von Wettbewerbsverstößen Geschädigter (*Private Enforcement*) stellen grundsätzlich zwei komplementäre Instrumente des Kartellrechtsvollzuges dar. Während allerdings die öffentliche Rechtsdurchsetzung des Kartellrechts in der Vergangenheit durch eine Vielzahl von Maßnahmen wie etwa der Kronzeugenregelung oder der Stärkung der Ermittlungsbefugnisse der Behörden wesentlich aufgewertet wurde und generell im Fokus der Wettbewerbspolitik – jedenfalls in Europa – stand, ist der Bereich des individuellen Kartellrechtsvollzugs im Wege von Schadenersatzklagen noch deutlich unterentwickelt. Dass die Durchsetzung des individuellen Schadenersatzes sowohl für geschädigte Unternehmen als auch für geschädigte Konsumenten noch mit einer Reihe von Problemen behaftet ist, ist unbefriedigend. Internationale Studien⁴⁴ legen nahe, dass wettbewerbsökonomisch nicht gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen – vor allem die klassische Kartellbildung – Schäden und Wohlfahrtsverluste verursachen.

Die aktuell aufgedeckten Kartellfälle sowohl im horizontalen wie im vertikalen Bereich haben einige Schwachstellen des privaten Kartellrechtsvollzugs zu Tage gebracht. Dazu zählen:

- unzureichende Information über den Wettbewerbsverstoß und somit große Probleme bei der Beweisführung (Nachweis Kausalität und Rechtswidrigkeitszusammenhang des konkreten Schadens bzw Schadenshöhe) im Schadenersatzprozess;
- die Nichtgeltendmachung von Streuschäden aus Wettbewerbsverstößen aus Mangel an Beweisen, der großen Zahl der potentiell Geschädigten und der geringen Höhe des individuellen Schadens.

Im Rahmen des KaWeRÄG 2012 wurden den Anregungen des Beirates folgend, neue Regeln bei den Themen Verjährung, Zinsanspruch und Bindungswirkung der kartellgerichtlichen Entscheidung in § 37a KartG aufgenommen und damit für Geschädigte grundsätzlich Verbesserungen erzielt.

44] zB Smuda, Florian (2012), Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law, ZEW Discussion Paper No. 12-050, Mannheim; vorgestellt im Rahmen des OECD Wettbewerbskomitees

Aus Sicht des Beirats sollte daher bei den künftigen Weiterentwicklungen des Kartellrechts weiterhin Augenmerk auf den Abbau von Hindernissen bei der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen gelegt werden, wobei die gegenwärtig laufenden europäischen Rechtsetzungsakte und Initiativen zu berücksichtigen sind.

Der unzureichende Informationszugang zu Kartellakten wurde im Rahmen der durchgeführten Expertengespräche als ein wesentliches Hindernis für eine wirkungsvolle private Rechtsdurchsetzung von Schadenersatzansprüchen aus Wettbewerbsverstößen identifiziert. So sind die rigorosen österreichischen Regelungen zur Akteneinsicht (§ 39 Abs 2 KartG) entsprechend der jüngsten Rechtsprechung des EuGH (Donauchemie) überschießend und müssen reformiert werden (siehe auch Punkt 2.2.1.). Eine Neuregelung der Akteneinsicht muss den berechtigten Interessen der Geschädigten und der Öffentlichkeit nach umfassender Information bezüglich der festgestellten Wettbewerbsverletzung Rechnung tragen. Bei der Beurteilung, ob Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorliegen, ist insbesondere bei rechtskräftigen Entscheidungen im Hinblick auf die Interessen der Geschädigten, der Öffentlichkeit und des künftigen Wettbewerbs mit großer Sorgfalt vorzugehen. Sollte es sich hinkünftig erweisen, dass die freie richterliche Beweiswürdigung bzw die richterliche Rechtsanwendung nicht ausreichen, um einen angemessenen Zugang zu Schadenersatz im Bereich des Kartellrechts zu gewährleisten, wurde von Expertenseite vorgeschlagen, seitens des Gesetzgebers zielführende Beweiserleichterungen einzuführen.

Wenngleich die Schadenersatzproblematik für Unternehmen und Konsumenten gleichgelagert ist, so zeigt die Praxis, dass es für Konsumenten und kleine Unternehmen ungleich schwieriger ist, den durch Wettbewerbsverstöße erlittenen Schaden einzuklagen. Neben Informationsdefiziten spielen auch Prozesskostenrisiken dabei eine entscheidende Rolle. Die Befürworter der Einführung von Gruppenklagen bzw Sammelklagen und Abschöpfungsmaßnahmen vertreten die Ansicht, dass diese hier wirkungsvoll Abhilfe im Sinne einer prozessökonomischen Lösung schaffen können. Nach dieser Sichtweise ermöglichen es Gruppenklagen, dass sich mehrere Geschädigte zusammenschließen, um gemeinsam und damit kostengünstiger gleichartige Ansprüche gegen den oder die Schädiger einzuklagen. Seitens der Gegner einer solchen Lösung wird allerdings befürchtet, dass Gruppenklagen als Druckmittel zum Nachteil von Unternehmen eingesetzt werden könnten.

Das jüngste Regierungsprogramm sieht zum Thema Gruppenklagen Folgendes vor:

„Durch Gruppen(...)klagen sowie prozessleitende Maßnahmen (Innehaltung) sollen gleichartige Ansprüche mehrerer Betroffener leichter und prozessökonomischer gerichtlich geltend gemacht werden können.“

Der Beirat empfiehlt zu dieser Thematik eine offene, sachliche und zielgerichtete Diskussion.

Aus Sicht des Beirates sollten sachgerechte und zweckdienliche Lösungen im Bereich des Kartellschadenersatzrechtes unter Berücksichtigung Europäischer Entwicklungen und Gegebenheiten erarbeitet werden.

3.2. Streuschäden und Abschöpfung der Bereicherung

Ökonomisch betrachtet, wird ein Unternehmen dann von einem Kartellrechtsverstoß abgehalten, wenn die nachteiligen Konsequenzen seines rechtswidrigen Handelns die erwarteten Vorteile übersteigen – ein Kartellverstoß darf sich nicht lohnen. Zusätzlich zu negativen Rechtsfolgen wie insbesondere Geldbußen, kann eine effiziente Durchsetzungsmöglichkeit von schadenersatzrechtlichen Ansprüchen eine weitere wichtige Präventionsfunktion erfüllen (so Punkt 3.1.). Dieses Ziel wird aber im Falle von Streuschäden nicht erreicht.

Durch die jüngsten Kartellverfahren in Österreich (Berglandmilch, REWE etc) wurde die Problematik von Streuschäden verstärkt thematisiert. Streuschäden aus Kartellverstößen sind solche, die bei den einzelnen Betroffenen der Marktgegenseite nur geringen Schaden verursachen und daher im Regelfall nicht eingeklagt werden (kein realistisches Verhältnis von Verfahrensaufwand und Ergebnis). Zudem fehlen den Betroffenen zumeist die zur Geltendmachung der Schadenersatzansprüche notwendigen Nachweise (zB Kassabon aus den Einkäufen). Dennoch kann das Ausmaß der durch Kartellabsprachen verursachten Streuschäden in Summe beträchtlich sein.

In diesen Fällen dient die Geldbuße als Sanktion allein dem Präventionszweck. Die eingetretene Bereicherung ist zwar ein Bemessungskriterium, wird aber im Regelfall nicht in ausreichendem Maß bei der Geldbußenbemessung herangezogen. Es gibt auch Fälle, wo die eingetretene Bereicherung über der höchstmöglichen Geldbuße liegen kann (Fall Europay⁴⁵). Das KartG 1988 sah noch eine Abschöpfung der Bereicherung vor, die mit Einführung des Geldbußensystems ins KartG gestrichen worden ist.

45] [http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Archiv2007/Seiten/KartellobergerichtverhängtGeldbußegegen-EuropayAustria\(jetztPayLife\)über7MioEUR.aspx](http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Archiv2007/Seiten/KartellobergerichtverhängtGeldbußegegen-EuropayAustria(jetztPayLife)über7MioEUR.aspx)

Aus ökonomischer Sicht muss die gesamte Bereicherung abgeschöpft werden, um zu verhindern, dass der Wettbewerbsverstoß sich wirtschaftlich lohnt. Dies widerspricht auch nicht dem Gedanken, dass Schadenersatz darauf abzielt und abzielen soll, dem Geschädigten den tatsächlich erlittenen Nachteil auszugleichen. Demgegenüber sieht der Beirat keine Notwendigkeit über die Einführung sogenannter „Punitive Damages“ (Strafschadenersatz) in Österreich oder Europa zu diskutieren.

Andere Rechtsmaterien (§ 109 TKG, § 56 PMG, § 38b ORFG, § 106 Abs 2 ElWOG und § 166 Abs 2 GWG) sehen Vorschriften zur Abschöpfung der Bereicherung vor. Auch das deutsche GWB kennt eine diesbezügliche Abschöpfungsregelung, die subsidiär gegenüber Schadenersatzleistungen ist. Mit der 8. GWB Novelle wurde das diesbezügliche Antragsrecht (auch) auf Verbraucherverbände ausgedehnt.

3.3. Missbrauch einer beherrschenden Stellung

Österreich weist als kleine Volkswirtschaft oftmals hohe Marktkonzentrationen auf – einer effektiven Wettbewerbskontrolle kommt daher besondere Bedeutung zu. 2010 hat der Beirat empfohlen, die Aufsicht im Bereich des Marktmachtmissbrauchs zu optimieren⁴⁶. Im KaWeRÄG 2012 ist der Gesetzgeber dieser Empfehlung gefolgt.

Eine verstärkte Missbrauchsaufsicht wird nun einerseits dadurch ermöglicht, dass mit dem neuen § 4 Abs 1a KartG auch die kollektive Marktbeherrschung ausdrücklich gesetzlich verankert worden ist. Analog zu § 4 Abs 2 KartG wurde durch Abs 2 a ebenfalls ein entsprechender Vermutungstatbestand aufgenommen.

Andererseits brachte die Novelle auch eine Änderung in der Einzelmarktbeherrschung: In § 4 Abs 2 KartG wurde die Wortfolge „gesamten inländischen Markt oder einem anderen örtlich“ gestrichen. Dies bedeutet, dass nunmehr ausschließlich der „relevante Markt“ für die kartellrechtliche Betrachtung heranzuziehen ist.

Die Vermutungsschwelle der Einzelmarktbeherrschung ist in Österreich mit 30% eher niedrig angesetzt – über eine Erhöhung könnte, dem europäischen Trend folgend, zukünftig diskutiert werden. Mangels relevanter Fälle besteht aktuell jedoch kein dringender Anpassungsbedarf.

Das KaWeRÄG 2012 brachte des Weiteren Konkretisierungen bei dem Tatbestand des Preis- und Konditionenmissbrauchs. § 5 Abs 1 Z 1 KartG,

46] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 56/57

verweist nun nach deutschem Vorbild explizit auf das Vergleichsmarktkonzept.

Mit der speziellen Missbrauchsaufsicht im Energiesektor im Rahmen des § 29 GWB hat der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2007 ein Instrument geschaffen, um die Preissetzung von Anbietern von Elektrizität oder leitungsgebundenem Gas zu überprüfen. Die in dieser Norm festgelegte besondere Form einer möglichen Kontrolle von Marktmachtmissbräuchen durch Energieversorgungsunternehmen galt ursprünglich bis zum 31. Dezember 2012. Mit Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle am 30. Juni 2013 wurde die Anwendbarkeit dieser besonderen Missbrauchskontrolle um weitere fünf Jahre bis zum 31.12.2017 verlängert. Das Bundeskartellamt hat zuletzt die Verlängerung der Ausweitung seiner Kompetenzen in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf begrüßt⁴⁷. Die Monopolkommission sah hingegen vor dem Hintergrund erheblicher Probleme mit Anwendung und Wirkung einer speziellen Missbrauchsaufsicht auf Energiemärkten keine sachlichen Gründe für eine Verlängerung der Norm. Vielmehr würde die Norm weiterhin schädlich auf die Wettbewerbsentwicklung auf einzelnen Märkten wirken⁴⁸.

Mit der Empfehlung, die Aufsicht im Bereich des Marktmachtmissbrauchs zu optimieren, hatten die österreichischen Sozialpartner 2010 auch angeregt, der Gesetzgeber solle in Hinblick auf die Beweislastumkehr für den Energiebereich die Übernahme einer vergleichbaren Regelung wie in Deutschland in das Kartellgesetz in Erwägung ziehen⁴⁹. Der Begutachtungsentwurf sowie die Regierungsvorlage zum KaWeRÄG 2012 sahen eine Umkehr der Beweislast für Energieversorgungsunternehmen nach dem Vorbild der deutschen Regelung vor. Demnach wäre neben dem Nachweis der marktbeherrschenden Stellung nur mehr der Nachweis zu erbringen, dass die Preise eines solchen Energieversorgers höher sind als in einem vergleichbaren Markt. Die Energieversorger hätten nachweisen müssen, warum die jeweiligen Preise gerechtfertigt sind, und damit unternehmensinterne Daten wie zB Einkaufskonditionen oder Kostenstruktur im Verfahren offen legen müssen.

Im Zuge des parlamentarischen Prozesses – wie schon zuvor in der Begutachtung – wurde die Einführung einer Beweislastumkehr in Österreich kontrovers diskutiert. Manche haben den Ansatz zur Gänze abgelehnt, manche haben eine Beweislastumkehr für den Energiebereich befürwor-

47] Siehe dazu http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Stellungnahme-Regierungsentwurf_GWB8.html;jsessionid=802E431357AD02FA90B55BC2F13EA529.1_cid362?nn=3591026, S 20

48] Monopolkommission, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs 1 Satz 4 GWB, Februar 2012, S 37 ff

49] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 57

tet, manche haben eine Ausweitung der Beweislastumkehr auf andere sensible Bereiche gefordert. Letztlich wurde der strittige § 5a KartG, der eine Umkehr der Beweislast von Energieversorgungsunternehmen vorsah, im Parlament nicht beschlossen.

Auch die Interviews, die zur im Zuge der vorliegenden Untersuchung geführt wurden, brachten gerade in dieser Frage keine einheitliche Sichtweise zu Tage.

Im Regierungsübereinkommen wird folgende Regelung im Rahmen des Punktes „faire Spielregeln für Wettbewerb schaffen“ in Aussicht gestellt: „Beweislastumkehr bei Preismissbrauch von marktmächtigen, monopolähnlichen Unternehmen im Bereich der Strom- und Gaswirtschaft.“

Der Beirat verweist diesbezüglich auf seine Ausführungen aus 2010⁵⁰.

3.4. Fusionskontrolle

Österreich hält im Bereich der Fusionskontrolle am erprobten Prüfkriterium des Marktbeherrschungs-Tests fest. Es stellt sich nunmehr die Frage, ob die österreichische Fusionskontrolle im Sinne des „More Economics Based Approach“ auf den wirkungsorientierten, ökonomischen Ansatz der EU Fusionskontrolle (SIEC-Test) übergehen oder doch auf die altbewährte Zusammenschlusskontrolle nach dem Marktbeherrschungs-Test vertrauen soll. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurde die Frage gestellt, ob ein solcher Paradigmenwechsel tatsächlich zielführend erscheint.

Der unterschiedliche Grundansatz beider Tests wird häufig auch mit der Beschreibung des Marktbeherrschungs-Tests als strukturorientiert und des SIEC-Tests als wirkungsorientiert („*effects-based*“) zusammengefasst. Aus diesen Gründen lohnt es sich, die beiden gegenläufigen Positionen näher zu beleuchten.

Grundlage des Marktbeherrschungstest ist die Annahme, dass sich eine – nach quantitativen und qualitativen Kriterien bemessene – hoch konzentrierte Marktmacht eines oder mehrerer Unternehmen gemeinsam, negativ auf die Wirkungsweise des Gesamtmarktes auswirkt. Das Kartellgericht hat daher im Zuge seiner Untersuchungen festzustellen, ob durch die Fusion eine marktbeherrschende Stellung entsteht, beziehungsweise verstärkt wird (§ 12 Abs 1 Ziff 2 KartG).

Diese Voraussetzungen sind *de lege lata* erfüllt, sofern ein Unternehmen keinem oder nur unwesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, oder wenn es

50] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 56/57

im Verhältnis zu Mitbewerben eine überragende Marktstellung einnimmt, die den Markteintritt für andere Unternehmen beschränkt (§ 4 Abs 1 KartG). In weiterer Folge normiert das KartG widerlegbare Vermutungstatbestände, sollte der Marktanteil gewisse, im Vorhinein definierte, quantitative Schwellen überschreiten.

In weiterer Folge hat das Kartellgericht zu prüfen, ob trotz Vorliegens der Untersagungsvoraussetzungen ein Zusammenschluss nicht dennoch zu genehmigen ist, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, welche die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, oder eine solche Fusion zur Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen geboten und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist (§ 12 Abs 2 KartG). Das Kartellgericht kann eine Genehmigung eines Zusammenschlusses auch mit der Erfüllung bestimmter Auflagen und Bedingungen verknüpfen. Im letzten Jahrzehnt hat es keine formale Untersagungsentscheidung des Kartellgerichtes gegeben. In jenen wenigen Fällen, wo eine Untersagung des Zusammenschlussvorhabens gedroht hat, haben die Zusammenschlusswerber ihre Anmeldung vor Erlassung einer Entscheidung zurückgezogen.

Wie aus zahlreichen Informationsgesprächen hervorging, genießt die beschriebene differenzierte Herangehensweise in den Verkehrskreisen hohe Akzeptanz. Insbesondere wird hervorgehoben, dass der Marktbeherrschungs-Test nach dem österreichischen KartG vorhersehbar, relativ leicht administrierbar und deshalb kalkulierbar sei. Im Gegensatz zum klassischen Kartellbereich ist die Zuständigkeit im Bereich der Fusionskontrolle unterhalb der Aufgriffsschwellen nach der EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO) rein national („One-Stop-Shop“). Das bedeutet, dass die Mitgliedsstaaten hier eigenständige Regelungen treffen können. Österreich hat bislang im Wesentlichen am wirtschaftspolitisch motivierten Regulativ festgehalten, welches die Entstehung wettbewerbsfähiger österreichischer Unternehmensstrukturen im europäischen Markt ermöglicht. Die unreflektierte Entstehung nationaler Champions wurde allerdings häufig als wettbewerblich suboptimal gesehen; vor allem wenn Fusionsvorgänge darin mündeten, dass solche Champions in weiterer Folge von stärkeren ausländischen Unternehmen übernommen worden sind.

Kritik am Marktbeherrschungs-Test wird dahingehend geübt, dass sich dieser in der Praxis zu starr an quantitativen Beurteilungskriterien orientiere. Dieser mangelnden Flexibilität wollte man in Europa durch Einführung des SIEC-Tests begegnen. Gemäß Art 2 Abs 3 FKVO sind Zusammenschlüsse auf europäischer Ebene demnach dann zu untersagen,

wenn durch sie wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Folglich wurde das Konzept der wirkungsorientierten Beurteilung durch die Wortfolge „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbes“ eingeführt. Hiernach ist maßgeblich, ob ein Zusammenschluss ursächlich für eine schlechtere Funktionsweise eines Marktes nach Durchführung des Zusammenschlusses ist. Der wesentliche Zweck der Einführung des SIEC-Kriteriums lag in der Klarstellung, dass auch nicht koordinierte Auswirkungen von Zusammenschlüssen zwischen Unternehmen, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben, von der Fusionskontrolle erfasst werden sollen⁵¹. Dadurch sollte es möglich werden, die wettbewerblchen Auswirkungen auf die übrigen Unternehmen in höherem Maße zu berücksichtigen und somit Wirkungen auf die Wettbewerbsintensität und das Marktergebnis insgesamt besser zu erfassen.

Von der Einführung des SIEC-Kriteriums wurde erwartet, dass eine verstärkte Erfassung der wirtschaftlichen Realbedingungen vor und nach der geplanten Fusion ermöglicht wird. Anstatt rein auf das Formalkriterium der Marktmacht abzustellen, wird die Einbeziehung von Mengen- und Preiswirkungen sowie Effizienzen in die materielle Beurteilung des Vorhabens erleichtert, wodurch die tatsächlich beeinträchtigenden Änderungen im Wettbewerb angemessener analysiert werden können. Dies könnte sich insbesondere auf die materielle Beurteilung von Zusammenschlüssen auf oligopolistisch strukturierten Märkten auswirken.

Zahlreiche Marktteilnehmer weisen allerdings auf die Komplexität des SIEC-Tests als solchen und die im Vergleich schwierigere Administrierbarkeit hin. Hinzu käme noch der größere Zeitdruck, um in der fristgebundenen Fusionskontrolle zu fundierten Entscheidungen zu kommen.

Ein Vorteil einer Harmonisierung des fusionskontrollrechtlichen Prüfkriteriums liegt zweifellos in der Herbeiführung eines Level-Playing-Field. Allerdings ist auch nach den Expertengesprächen gegenwärtig nicht feststellbar, ob die Einführung eines SIEC-Kriteriums zu robusteren Ergebnissen bei der Analyse nationaler Fusionsfälle führen würde. Somit sollte hinkünftig weiterhin aktiv beobachtet werden, welchem System insgesamt der Vorzug zu geben sein wird.

51] Siehe Erwägungsgrund 25 der FKVO

3.5. Wettbewerbsmonitoring

In seiner Studie Nr 84 empfahl der Beirat 2010 „die Einrichtung eines kontinuierlichen und transparenten Wettbewerbsmonitorings, welches als Grundlage für eine proaktive Wettbewerbspolitik gesetzlich verankert werden sollte. Die Wettbewerbskommission sollte mit der Ausarbeitung eines Konzeptes befasst werden.“

Der Gesetzgeber hat es im KaWeRÄG 2012 nunmehr der BWB zur Aufgabe gemacht, ein Wettbewerbsmonitoring durchzuführen, wobei sich in den Erläuternden Bemerkungen lediglich einzelne Konkretisierungen finden. Die BWB ist somit weitestgehend frei, dieses Wettbewerbsmonitoring inhaltlich auszugestalten. Vom BMWFJ (nunmehr BMWFW) hat die BWB bereits zusätzliche Ressourcen für diese Aufgabe erhalten.

Obleich der Gesetzgeber der Empfehlung der Sozialpartner bezüglich der gesetzlichen Einrichtung eines Wettbewerbsmonitorings gefolgt ist, entspricht die gesetzliche Lösung nicht dem, was Ziel und Zweck dieser Empfehlung gewesen ist. Die Sozialpartner halten weiterhin an ihren Überlegungen fest, wonach „ein systematisches, kontinuierliches und transparentes Wettbewerbsmonitoring, das Kennzahlen zur Preisentwicklung in bestimmten Sektoren, zur Margen-, Kosten- und Marktkonzentrationsentwicklung erarbeitet und Ländervergleiche durchführt, wichtige Informationen über die Wettbewerbsintensität einzelner Sektoren und Branchen liefert“⁵² einzuführen ist. Dies sollte über ein breit angelegtes, datenbasiertes Analysesystem erfolgen, um die wettbewerbsökonomischen Wechselwirkungen der österreichischen Wirtschaft – seien sie regulatorisch oder durch unternehmerische Verhaltensweisen bedingt – zu durchleuchten. Dabei sollen Wettbewerbsdefizite sowohl sektorspezifisch als auch entlang der Wertschöpfungskette in einzelnen Bereichen transparent gemacht werden. Damit würde die Möglichkeit geschaffen, ein wirkungsvolles und effizientes Instrument auszuarbeiten, um frühzeitig Wettbewerbsprobleme erkennen und in eventu näher untersuchen zu können. In der Folge wären in Branchen, in welchen Wettbewerbsprobleme identifiziert werden konnten, – nach Diskussion mit der Wettbewerbskommission – vertiefte Branchenuntersuchungen durch die BWB durchzuführen.

Werden durch diese vertieften Untersuchungen strukturelle Defizite auf österreichischen Märkten evident, können zu deren Beseitigung ent-

52] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 55

sprechende politische und gesetzgeberische Maßnahmen im Sinne einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der österreichischen Volkswirtschaft ergriffen werden.

Die Entwicklung eines durchgängigen Konzeptes für die die Ausführung des Wettbewerbsmonitorings ist bisher nicht erkennbar. Entsprechende Vorschläge für eine praxisgerechte Ausgestaltung wurden bereits vom WIFO unterbreitet, das seinerseits auf das niederländische Modell Bezug nimmt (Wettbewerbsindex)⁵³. Auf dieser Grundlage sollte unter Federführung der BWB und unter Einbeziehung aller wesentlichen Stakeholder ein solches Konzept für Österreich entwickelt werden.

53] Siehe dazu im Detail Böheim, Wettbewerbsmonitoring im Spannungsfeld zwischen ökonomischen Gestaltungsmöglichkeiten und wettbewerbspolitischen Erwartungen WIFO Monatsberichte 3/2013, S. 231 f.

4. Regulierungsbehörden

Die zentralen Entwicklungen am Schnittpunkt von sektorspezifischer Regulierung und allgemeiner Wettbewerbsaufsicht waren einerseits geprägt durch wesentliche Verfahren im Einzelfall (Telekommunikation, Energie), andererseits durch die Erweiterung der einzelnen Befugnisse der Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden.

Im Telekommunikationsbereich war die Zusammenarbeit zwischen EU-Kommission, Amtsparteien, Kartellgerichtsbarkeit und RTR vor allem im komplexen Fusionsvorhaben Hutchison 3G/Orange von Bedeutung. Dabei war eine EU-weite Relevanz hinsichtlich des einen Teiles (Drei /Orange) und eine österreichweite Dimension hinsichtlich des anderen Teiles der Fusion (A1/Yesss!) gegeben, die durch das europäische Zusammenschlussvorhaben bedingt war. Dadurch wurde sowohl die EU-Kommission als auch die österreichischen Wettbewerbsbehörden mit dem Fall befasst, wobei auch die österreichische Telekom-Regulierungsbehörde RTR eingebunden war.

Die Herangehensweise der befassten Behörden erwies sich dabei als unterschiedlich, die Abstimmung zwischen europäischer und österreichischer Ebene als verbesserungswürdig. Letztendlich waren die ökonomischen Festlegungen für die Entscheidung der EU-Kommission für das in Österreich durchgeführte, an sich selbständige Verfahren inhaltliche Voraussetzung und haben daher die Genehmigungsentscheidung des Kartellgerichtes bedingt. Die wettbewerblichen Auswirkungen der beiden Fusionen sowie die sonstigen Marktentwicklungen müssen auch in naher Zukunft kritisch und genau beobachtet werden⁵⁴ – vor allem in Hinblick auf die zuletzt gestiegenen Preise im Telekomsektor. Dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die heimischen Telekommärkte bislang durch intensiven Wettbewerb geprägt waren und eine hohe Dienstqualität auf niedrigem Preisniveau gewährleistet haben.

Im Energiebereich wurden drei Missbrauchsverfahren eingeleitet. Inhaltlich geht es um die Problematik der Dauer von langfristigen Gasbezugsverträgen, *take-or-pay*⁵⁵ Verpflichtungen und die Bindung an den Öl-Preis.

Seit der Veröffentlichung der Beiratsstudie Nr 84 im Jahr 2010 wurden dem Kartellgericht folgende Kompetenzen im Zusammenhang mit den Aufgaben der Regulierungsbehörden eingeräumt:

54] Siehe dazu zuletzt <http://orf.at/stories/2228723/2228724/>

55] Langfristige Verträge zwischen Produzenten und Großabnehmern in der Gaswirtschaft, in denen sich der Produzent verpflichtet Gas bis zu einer bestimmten Menge zu liefern. Der Käufer verpflichtet sich, eine festgelegte Menge zu zahlen, unabhängig davon, ob er diese Menge auch tatsächlich nachfragt.

Auf Antrag der E-Control sind nunmehr vom Kartellgericht bei bestimmten Verstößen gegen ElWOG⁵⁶ bzw. GWG⁵⁷ Geldbußen zu verhängen. Darüber hinaus kann bei Vorliegen eines begründeten Verdachtes das Kartellgericht auf Antrag der E-Control einen Hausdurchsuchungsbefehl erlassen.

In der sektorspezifischen Regulierung spielen Transparenzsysteme schon seit einiger Zeit eine wichtige Rolle. Gerade in diesen Bereichen verfügen sowohl die RTR (über die Kommunikations-Erhebungs-Verordnung) als auch die E-Control (über den etablierten Tarifikalkulator für Energiepreise, sowie die Verpflichtung zum Betrieb des Spritpreisrechners) über nunmehr beträchtliches Detailwissen und wichtige Erfahrungswerte. Aus beiden Bereichen scheinen einzelne Erkenntnisse gewinnbar zu sein, die auf das Wettbewerbsmonitoring übertragen werden können. Vor diesem Hintergrund empfiehlt der Beirat die Zusammenarbeit der BWB mit den sektorspezifischen Regulierungsbehörden in Hinblick auf die Implementierung des Wettbewerbsmonitoring.

Im Sinne eines wechselseitigen Know How-Austauschs könnte durch eine planmäßige zeitlich begrenzte Personalrotation die Problemlage eines anderen Wettbewerbsbereiches erlebt, wertvolle interdisziplinäre Erfahrungen gewonnen und dadurch das Verständnis für einen anderen Teil des Wettbewerbsbereiches der Wirtschaft sowie der Behördenverfahren gestärkt werden.

Auch im Verfahren vor dem Kartellgericht hat es sich in der Vergangenheit bewährt, die ökonomische Expertise der Regulierungsbehörden in Anspruch zu nehmen.

Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird für den Rechtszug gegen Bescheide und Maßnahmen der Regulierungsbehörden Herausforderungen bringen. Von Interesse wird dabei sein, ob sich diese auf die Dauer von Verfahren, die ihren Ausgang im Bereich der sektorspezifischen Regulierung genommen haben, auswirken wird. Seitens des Beirates wird angesichts der Komplexität der Fälle empfohlen, kollegiale Strukturen mit Beteiligung fachkundiger Laienrichter in der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorzusehen.

Mit Blick auf die Zusammenarbeit zwischen Regulierungsbehörden und BWB erscheint die Bilanz gemischt. Die Erfahrungen der RTR zeigen, dass Einzelfallkooperationen häufig stattfinden und vielfach gut funktionieren. Dies gilt für die Aktenübermittlung in Fusionsfällen zwischen BWB und

56] Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz

57] Gaswirtschaftsgesetz

RTR. Im Energiebereich haben sich die Verwaltungswege hingegen in den letzten Jahren aus Sicht der E-Control verlängert. Zwischen den beiden Behörden (E-Control, BWB) ist ein deutliches Konkurrenzdenken wahrnehmbar⁵⁸. Aus Sicht des Beirates sollte jedoch ein verstärktes Augenmerk auf eine Optimierung der Zusammenarbeit gelegt werden.

Von Interesse wird in diesem institutionenbezogenen Zusammenhang auch die Frage sein, welche Ergebnisse die Prüfung „eines gemeinsamen Regulators für Energie, Schiene, Straße, RTR“⁵⁹ bringt, wie dies die Regierung in ihrem aktuellen Arbeitsprogramm 2013-2018 auf ihre Agenda genommen hat.

In Hinblick auf die Ausführungen in der Beiratsstudie Nr 84 (2010) über das Verhältnis allgemeiner Wettbewerbsaufsicht und sektorspezifische Regulierung bleiben die dort festgehaltenen Befunde⁶⁰ und Empfehlungen des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen weiterhin aufrecht.

5. Schluss

Die Sozialpartner möchten mit der aktuellen Studie auch weiterhin als aktive wirtschaftspolitische Gestalter im Zusammenhang mit der Sicherstellung funktionierender Wettbewerbs auf den Märkten zum Wohl der Konsumenten und Unternehmen einen Beitrag leisten.

Die Sozialpartner kommen überein, dass die gemeinsame Arbeit auch nach Abschluss dieser Studie im Bereich des Wettbewerbs fortzusetzen ist und werden hierbei weitere wettbewerbsrechtliche Entwicklungen im Rahmen dieser Arbeitsgruppe diskutieren und Lösungsansätze bereitstellen.

58] ZB http://diepresse.com/home/recht/rechtswirtschaft/1464373/BWB_Genuegend-Beweise-fur-Bussgeldantraege-gegen-Spar; siehe auch Punkt 6 der Stellungnahme der BWB im Anhang

59] Regierungsprogramm, S 38

60] Studie 2010, S 39/40

Literaturverzeichnis

Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen, „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“, Beiratsstudie Nr. 84, Ueberreuter, Wien 2010

Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen, „Innovation und Investition: Themen und Positionen“, Beiratsstudie Nr. 86, Ueberreuter, Wien 2013

Böheim Michael, „Wettbewerbsmonitoring im Spannungsfeld zwischen ökonomischer Gestaltungsmöglichkeit und wettbewerbspolitischen Erwartungen“, WIFO-Monatsbericht 3/2013,

Böheim Michael, Reidlinger Axel, „Der kartellrechtliche Sachverständige“, WBl 9/2013, S. 483 ff

Barfuß Walter, „Wettbewerbspolitik quo vadis?“ in Festschrift für Bernhard Raschauer, Jan Sramek Verlag KG, Wien, 2013, S.9

Thanner Theodor, Paulus Eduard, „BWB-NEU: Gedanken zur Weiterentwicklung des Wettbewerbssystems“, OZK 2009, 167

Winner Martin Appl Clemens, „Wettbewerbsvollzug in Österreich im Vergleich zu ausgewählten Ländern – Die einvernehmliche Beendigung von Kartellverfahren durch „Settlement“ unter Berücksichtigung der Anforderungen an die Verfahrenstransparenz und Bußgeldbemessung“, Studie im Auftrag der AK, Wien, 2013

Xeniadis Anastasios, Kühnert Heinrich, „Einvernehmliche Verfahrensbeendigung in Kartellverfahren“, OZK 2012/3, 83

Smuda, Florian (2012), „Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law“, ZEW Discussion Paper No. 12-050, Mannheim

Monopolkommission, „Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht“, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs 1 Satz 4 GWB, Februar 2012, S. 37 ff

Medienverweise

<http://derstandard.at/1388650987710/Rewe-Chef-zu-Preispolitik-Wissen-genau-was-wir-duerfen>

[http://vorarlberg.orf.at/news/stories/2631029/;](http://vorarlberg.orf.at/news/stories/2631029/)

http://wirtschaftsblatt.at/home/nachrichten/oesterreich/vorarlberg/1562945/Mohrenbrauerei_Ich-weiss-noch-immer-nicht-was-wir-falsch-gemacht;

[http://www.wienerzeitung.at/nachrichten/oesterreich/politik/598098_Ein-Gericht-fuer-fast-alles.html;](http://www.wienerzeitung.at/nachrichten/oesterreich/politik/598098_Ein-Gericht-fuer-fast-alles.html)

Interview mit GD Thanner unter dem Titel: Wachsame Augen, Cash 4/2014, S.31ff

<http://kurier.at/wirtschaft/unternehmen/berglandmilch-wegen-absprachen-abgestraft/3.062.228>

http://diepresse.com/home/recht/rechtswirtschaft/1464373/BWB_Genugend-Beweise-fur-Bussgeldantraege-gegen-Spar

Mitglieder der Arbeitsgruppe:

Geschäftsführung

Ulrike Ginner
Theodor Taurer

Mitglieder und Autoren von Teilentwürfen

Helmut Gahleitner
Andreas Graf
Georg Kovarik
Mercedes Mautner Markhof
Winfried Pöcherstorfer
Ernst Tüchler
Victor Vaugoin

Anhang: Stellungnahmen und Protokolle

Der nachfolgende Anhang beinhaltet neben der Frageliste der Arbeitsgruppe die darauf eingegangenen schriftlichen Stellungnahmen in der Reihenfolge ihres zeitlichen Einlangens (das angeführte Datum indiziert den inhaltlichen Stand der jeweiligen Stellungnahme). Die beiden Protokolle für die Besprechungen mit dem Bundesministerium für Justiz und dem Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (nunmehr: Bundesministerium für Wissenschaft und Wirtschaft) wurden von diesen selbst verfasst. Die übrigen Gesprächsprotokolle geben die Gespräche mit Experten wider, die keine schriftlichen Stellungnahmen abgegeben haben.

Die vorliegenden Materialien, die im Rahmen der Erstellung der Studie diskutiert worden sind, weisen auch Aspekte und Positionen auf, die in der Studie nicht berücksichtigt werden konnten. Diese werden im Sinne eines transparenten wirtschaftspolitischen Diskurses öffentlich zugänglich gemacht. Wir danken allen teilnehmenden Personen und Institutionen.

Verzeichnis der Stellungnahmen und Protokolle

A1. Frageliste zum Follow-up der Beiratsstudie „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“	62
A2. Stellungnahme Kartellgericht.....	71
A3. Stellungnahme Verbund.....	79
A4. Stellungnahme Bundeskartellanwalt.....	85
A5. Stellungnahme E-Control	103
A6. Stellungnahme A1 Telekom Austria AG	107
A7. Stellungnahme Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH	119
A8. Stellungnahme Brau Union Österreich AG	126
A9. Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht	129
A10. Stellungnahme Sektion Konsumentenpolitik, BMASK	192
A11. Stellungnahme Bundeswettbewerbsbehörde	199
A12. Protokoll der Besprechung am 8. Mai 2013 mit BMJ und BMWFJ.....	220
A13. Protokoll der Besprechung am 2. Juli 2013 mit BMJ und BMWFJ.....	228
A14. Protokoll der Arbeitsgruppensitzung vom 17.4.2013 mit Dr. Elfriede Solé, Richterin des Obersten Gerichtshofes.....	236
A15. Protokoll der Arbeitsgruppensitzung vom 25.4.2013 mit Dr. Michael Böheim, WIFO.....	239
A16. Protokoll der Arbeitsgruppensitzung vom 15.5.2013 mit Dr. Klaus Wejwoda, Vorsitzender der Wettbewerbskommission	242

A1. Frageliste zum Follow-up der Beiratsstudie „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“

Diese Frageliste ergeht in Umsetzung der in der Beiratsstudie „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ aus dem Jahr 2010 unter dem Titel Aktionsplan „Zukunft der Wettbewerbspolitik“ in Aussicht gestellten Evaluierung der bis 2013 umgesetzten Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbspolitik sowie zur Erstattung weiterer Maßnahmen für die künftige Entwicklung.

Allgemeine Fragen:

- Hat sich Ihrer Meinung nach seit der Studie 2009/2010 die Wettbewerbssituation in Österreich verändert? Welche wettbewerbspolitischen Entwicklungen hat es seitdem gegeben? Welche Entwicklungen beurteilen Sie positiv, welche negativ?
- Wie beurteilen Sie die Änderungen des Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetzes 2012 (BGBl I 13/2013) aus heutiger Sicht?
- Welche sind die wesentlichsten Merkmale der gegenwärtigen Vollzugspraxis in Österreich? Welche Auswirkungen auf die Realwirtschaft hat diese Vollzugspraxis? Gibt es Vollzugs- bzw. Transparenzdefizite?
- Welche sind aus Ihrer Sicht die derzeit bestimmenden wettbewerbspolitischen Themen in Österreich?

Allgemeine Verfahrensfragen:

2.1. Verfahren vor der BWB:

Das Verfahren (Ermittlungsverfahren) vor der BWB ist überwiegend intern; dies wurde bisher damit argumentiert, dass die BWB ihre Ziele auf andere Weise verfolge als durch die Erlassung von Entscheidungen (vgl zB *Matousek* zu § 11 WettbG RZ 9, in Petsche et al. Kartellgesetz, 2007). Relevant für die betroffenen Unternehmen sei in Hinblick auf die Verfolgung ihrer Verfahrensrechte vor allem der verfahrenseinleitende Antrag der BWB vor dem Kartellgericht. Vor allem Akteneinsicht und Kenntnisnahme von Stand und Ergebnis von Beweisaufnahmen nach dem AVG sind ausgeschlossen.

- Sind aus Ihrer Sicht zusätzliche Rechtsschutzzinstrumente im kartell- bzw. wettbewerbsrechtlichen Vorverfahren notwendig? Wenn ja, welche?

Die BWB hat gem § 2 WettbG einen umfassenden Aufgabenkatalog. Als Informationsmedium gegenüber der Öffentlichkeit dient vor allem die Homepage der Behörde. In jüngster Zeit hat es einige wichtige Entscheidungen vor allem bei der Aufdeckung und Ahndung von Kartellverstößen gegeben. Nach § 37 KartG (in der Form des KaWeRÄG 2012) hat das Kartellgericht nunmehr Entscheidungen mit bestimmten Inhalt in der Ediktsdatei zu veröffentlichen.

- Sind Sie der Auffassung dass die Informationsbekanntgabe der BWB einem europäischen Standard entspricht?
- Wie zeitnah und umfänglich sollte über konkrete Verfahren und Entscheidungen informiert werden?
- Wird Ihrer Ansicht nach § 37 KartG eine Verbesserung hinsichtlich der Transparenz bringen?

Die Europäische Kommission – Generaldirektion Wettbewerb stellt auf ihrer Homepage umfassende Informationen (Best Practices, practical information, Leitlinien, ...) betreffend Verfahrensrecht und materielles Recht zur Verfügung, um die Transparenz in den immer komplexer werdenden wettbewerbsrechtlichen Verfahren zu verbessern und den Grad an Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen zu erhöhen. Dies erfüllt sowohl Effizienzbedürfnisse der Behörde als auch Informationsbedürfnisse der Öffentlichkeit. Die BWB hat auf ihrer Homepage in der Rubrik „Fachinformationen“ einen Unterabschnitt „Standpunkte“, worin eine Basis für ein solch umfassenderes Informationsangebot erblickt werden könnte.

- Wäre es aus Ihrer Sicht zweckmäßig, wenn die BWB ähnlich der EU-Kommission, Leitlinien in verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Problembereichen veröffentlichen würden, die Unternehmen und die interessierte Öffentlichkeit größere Rechtssicherheit über das mögliche künftige Behördenhandeln bringen könnte?

2.2. Sachverständige:

Festgehalten wird, dass die derzeitige Situation betreffend die Sachverständigen (über das übliche Maß an differenzierter Sichtweise in der Literatur gegenüber der Bedeutung der Position von Sachverständigen im zivilprozessualen und wohl auch verwaltungsrechtlichen Verfahren hinaus) als unbefriedigend empfunden wird. Im Zusammenhang

mit SV-Gutachten wird eine Reihe von Gesichtspunkten kritisch gesehen:

- die praktische Unumkehrbarkeit solcher Gutachten,
- die faktische Gebundenheit des Kartellgerichtes an diese Gutachten,
- die ausschließliche Zuständigkeit des Kartellgerichtes hinsichtlich der Tatsachenfeststellung in Verbindung mit den engen Fristen im Zusammenschlussverfahren.

Dies führt in der Praxis auch dazu, dass die BWB regelmäßig im Vorfeld durch Auflagen oder Vergleiche eine Lösung mit den Parteien sucht und den Weg zum Kartellgericht vermeidet.

- In praktisch allen Verfahren vor dem Kartellgericht spielt der Sachverständigenbeweis eine entscheidende Rolle. Wie beurteilen Sie im europäischen Kontext die Einbindung der Sachverständigen in die Kartellgerichtsbarkeit (1= sehr gut, 5: nicht zufriedenstellend). Sehen Sie Optimierungsmöglichkeiten? Sehen Sie Alternativen zum gegenwärtigen System?
- Die Kommission führt in ihren “Best Practices for the submission of economic evidence and data collection“ Folgendes aus: *“Economic analysis needs to be framed in such a way that the Commission and the EU Courts can understand and evaluate its relevance and significance. As an administrative authority the Commission is required to take a decision within an appropriate or sometimes a statutory time limit. It is therefore necessary to: (i) ensure that economic analysis meets certain minimum technical standards at the outset, (ii) facilitate the effective gathering and exchange of facts and evidence, in particular any underlying quantitative data, and (iii) use in an effective way reliable and relevant evidence obtained during the administrative procedure, whether quantitative or qualitative.”*
- Würden Sie es für sinnvoll erachten, solche Standards für den Sachverständigenbeweis im Rahmen des österreichischen Kartellverfahrens zu entwickeln?

2.3. Verfahren bei Hausdurchsuchungen:

Hausdurchsuchungen stellen das schärfste Instrument mit den weitest möglichen Eingriffen in die Rechtssphäre von Privaten zur Aufklärung von Wettbewerbsverstößen dar. Die Sicherstellung der Rechtsstaatlichkeit muss daher jedenfalls gewährleistet sein. Dies erfordert ein hohes Maß an

Professionalität auf Seiten der Behörde und der betroffenen Unternehmen. Hausdurchsuchungen haben sich als relevante Ermittlungshandlung etabliert. So hat die BWB in den vergangenen beiden Jahren über 40 Hausdurchsuchungen durchgeführt.

- Wie wird sich ihrer Meinung nach die Neuregelung nach dem KaWeRÄG 2012 in der Praxis auswirken, welche Maßnahmen sind begleitend zu setzen, um auch die berechtigten Interessen der Beteiligten (Unternehmen, MitarbeiterInnen) zu wahren?
- In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass Unternehmen vom umfassenden Widerspruchsrecht überschießend Gebrauch gemacht haben. Dies hat zu einer Verfahrensergänzung des § 12 Abs 5 WettbG geführt. Trägt diese Regelung Ihrer Ansicht nach dem Gebot der Rechtssicherheit der Unternehmen einerseits und der Effizienz der Vollzugshandlungen andererseits in ausgewogener Weise Rechnung?

2.4. Rechtskontrolle für den Kronzeugenstatus:

Kronzeugen sind zur Aufdeckung von Wettbewerbsverstößen von zentraler Bedeutung. Das derzeitige System ist jedoch wenig transparent. In Einzelfällen stellen sich immer wieder die folgenden Fragen:

- welche konkreten Handlungen sind zu setzen, um Kronzeugenstatus zu erlangen,
- gibt es bei Setzung bestimmter Handlungen einen Anspruch auf einen Kronzeugenstatus,
- wie werden zweite und dritte Kronzeugen behandelt?

Wie bewerten Sie die gegenwärtige Ausgestaltung der nationalen Kronzeugenregelung in der Änderung durch das KaWeRÄG 2012? Sehen Sie hier Verbesserungsbedarf auch in Hinblick auf die Kohärenz mit anderen Strafrechtsbereichen nach Einführung des § 209 b StGB?

2.5. Geldbußenverfahren:

Im Rahmen des KaWeRÄG 2012 wurden konkrete Strafzumessungskriterien im Rahmen des kartellgerichtlichen Geldbußenverfahrens eingeführt.

- Sehen sie weiteren Handlungsbedarf in Hinblick auf die rechtsstaatliche Ausgestaltung des diesbezüglichen Verfahrensrechtes?

2.6. Settlement-Verfahren:

Transparenzprobleme sind auch bei der Beendigung von Geldbußenverfahren feststellbar. So wurden die jüngsten Geldbußenverfahren (zB Bierkartell, Dämmstoffkartell, Verfahren im Bereich des Lebensmittel Einzelhandels, siehe Kurier vom 01.02.2013, S.11) im Rahmen eines „Settlement-Verfahrens“ beendet. Dieser Verfahrenstyp ist derzeit nicht standardisiert und birgt die Gefahr, dass mangels gerichtlicher Entscheidungen keine Rechtsfortentwicklung stattfinden kann bzw Geschädigte um maßgebliche Informationsrechte geschmälert werden.

- Das KaWeRÄG 2012 hat keine wesentlichen Änderungen betreffend die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Geldbußenverfahrens gebracht. Sollte Ihrer Meinung hier nachgebessert werden, wenn ja, welche Maßnahmen könnten dazu beitragen, das Geldbußenverfahren transparenter zu gestalten?
- Welche Vor- und Nachteile sehen Sie bei einvernehmlichen Verfahrensbereinigungen zwischen den antragstellenden Behörden und betroffenen Unternehmen?
- Ist ein Settlement-Verfahren geeignet Kartellrechtsverstöße rigoros zu ahnden?
- Entfaltet ein Settlement-Verfahren eine präventive Wirkung?
- Halten sie es für sinnvoll, das Settlement-Verfahren explizit zu regeln bzw in einer Art und Weise einzuschränken, damit es in der vorliegenden Form nicht zum kartellrechtlichen Regelverfahren wird?

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung:

3.1 Beweislastumkehr:

Der Ministerialentwurf zum KaWeRÄG 2012 hat eine Beweislastumkehr bezüglich Missbrauchsverfahren in der Energiebranche (Strom und Gas) vorgesehen. Diese Bestimmung wurde vom Parlament nicht beschlossen. Nach der derzeitigen Judikatur gibt es die Möglichkeit, dass die „Nähe zum Beweis“ den Ausschlag für die Frage der Beweislastverteilung gibt und kann der Umstand, dass eine Partei ihre offenbar vorhandenen Informationen nicht vorlegt, im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung

entsprechend gewürdigt werden. Die Einführung einer Beweislastumkehr wird derzeit kontrovers diskutiert.

- Ist die Beweislastumkehr ein angemessenes Mittel zur Wettbewerbskontrolle?
- Reichen die bestehenden Mitwirkungspflichten des Informationsinhabers gemäß § 381 ZPO und die freie Beweiswürdigung des Richters aus?
- Ist eine Beweislastumkehr auf Märkten, die einer besonderen Kontrolle unterliegen, notwendig?

Laut Energiepreismonitor der AK (Vergleich Juli 2008 bis Jänner 2013) sanken die Strom-Großhandelspreise (ÖSPI) seit Juli 2008 um fast ein Viertel. Gleichzeitig stiegen die Strom-Energiepreise (ohne Netzentgelte, Steuern und Abgaben) für Kleinabnehmer um bis zu 20 Prozent. Die Gas-Großhandelspreise (ÖGPI) stiegen seit Juli 2008 um 6 Prozent. Die Gaspreise bei den Kleinabnehmern stiegen im selben Zeitraum (ohne Netzentgelte, Abgaben und Steuern) bis zu 47 Prozent. In anderen Branchen werden verschiedentlich ähnliche Probleme geortet, zB in der Lebensmittel- und Mineralölbranche, Fernwärme und allgemeine Versorgungsleistungen.

- Sind Sie der Meinung, dass Erleichterungen in der Beweisführung in Missbrauchsverfahren für bestimmte Branchen/Märkte, die wettbewerbslich als sensibel gelten, angemessen wären?

3.2. Vermutungstatbestände:

Im Gegensatz zum europäischen Recht enthält das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) Vermutungstatbestände für die Einzel-Marktbeherrschung und die Oligopol-Marktbeherrschung (§ 19 Abs. 3 GWB); ähnliche Vermutungstatbestände kennt auch das österreichische Kartellgesetz – nach Inkrafttreten des KaWeRÄG 2012 nunmehr auch für die kollektive Marktbeherrschung. Im Rahmen der 8.GWB Novelle hat der deutsche Gesetzgeber allerdings Reformbedarf bei den konkreten Marktanteilshöhen, an die die gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutungen anknüpfen, gesehen. Insbesondere die Schwelle von einem Drittel für die Einzel-Marktbeherrschung solle angehoben werden, da sie nicht mehr die wirtschaftliche Realität abbilde. Hierbei ist aber auch zu berücksichtigen, dass die österreichische Volkswirtschaft im Gegensatz

zu Deutschland wesentlich kleiner ist und sich Wettbewerbsprobleme daher schneller und massiver auswirken können.

- Hat sich die österreichische Regelung – Vermutung der Einzelmarktbeherrschung ab einem Marktanteil von 30% – bewährt oder sehen Sie einen analogen Anpassungsbedarf?

4. Fusionskontrolle

4.1. Neuer Fusionskontrolltest

Österreich hält noch immer am Marktbeherrschungstest als materiellem Prüfkriterium in der Fusionskontrolle fest. Der Gesetzgeber der 8. GWB Novelle in Deutschland hat nunmehr auch einen Übergang zum SIEC Test der EU-Fusionskontrollverordnung erwogen.

- Halten Sie es auch in Österreich für sinnvoll und notwendig, das materielle Prüfkriterium in der Zusammenschlusskontrolle zu ändern? Wo sehen Sie die Vor-, wo die Nachteile?

4.2. Breiterer Fokus bei der Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise von Fusionen

Hinsichtlich der Tatbestände bei der Fusionskontrolle wurden in der Vergangenheit folgende Probleme beobachtet:

- Sind Fusionsvorgänge einheitlich zu bewerten, wenn es sich dabei um sukzessive Aufkäufe handelt?
- Sind Bündel von zeitgleichen Transaktionen, die nur teilweise der Zusammenschlusskontrolle unterliegen, bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise einheitlich zu bewerten?
- Sollen diesbezüglich klarstellende Regelungen in das Kartellgesetz aufgenommen werden?

5. Wettbewerbsmonitoring

Das Wettbewerbsmonitoring wurde im Rahmen des KaWeRÄG 2012 gesetzlich verankert. Die BWB hat nun ein zusätzliches wettbewerbspolitisches Instrument erhalten.

- Bieten die rechtlichen Vorgaben eine hinreichende Basis für die Entwicklung eines leistungsfähigen wettbewerbspolitischen Instrumentes, welches aussagekräftige Ergebnisse liefern kann?
- Welche Branchen sollten schwerpunktmäßig in einem ersten Schritt erfasst werden, welche wettbewerbslichen Parameter sind zu erheben?

6. Regulierungsbehörden

Auch Regulierungsbehörden sind berufen, das allgemeine Wettbewerbsrecht in ihrem Zuständigkeitsbereich anzuwenden.

- Welche Rolle sollen Ihrer Meinung nach die Regulierungsbehörden im Rahmen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht spielen?
- Wie werden die neuen Kompetenzen (zB Hausdurchsuchung nach E-ControlG; Geldbußen nach ElWOG und GWG; Abschöpfung der Bereicherung nach TKG und PMG) genutzt, wie werden diese bewertet?
- Wie sehen Sie gegenwärtig das Zusammenspiel der Regulierungsbehörden mit den allgemeinen Wettbewerbsbehörden; wie sehen Sie den Grundsatz der wechselseitigen Bedachtnahme in der Entwicklung seit 2010?
- Kooperation und Informationsaustausch zwischen der BWB und den Regulierungsbehörden ist nur teilweise formalisiert; wie sehen sie das Verhältnis BWB – Regulierungsbehörden?

In Europa wird seitens öffentlich-rechtlicher Rundfunkanbieter immer wieder festgehalten, dass das im Wesentlichen von der EU-Kommission vorgegebene Verfahren der Auftragsvorprüfung viel Zeit in Anspruch nimmt, wodurch neue Ideen im Bereich Online-Auftritt und Spartenkanäle ab Vorliegen des Programmkonzepts lange warten müssen, bis sie letztlich aufgeschaltet werden bzw auf Sendung gehen dürfen.

- Wie bewerten Sie Aufbau und Struktur des Verfahrens der Auftragsvorprüfung gem § 6a ORF-G („Public Value Test“) insbesondere mit Blick auf die Gesichtspunkte Behördenzusammenarbeit (zwischen BWB und KommAustria), Verfahrensökonomie und durchschnittliche Verfahrensdauer? Sehen Sie angesichts der grundlegenden Ausrichtung des Verfahrens Möglichkeiten der Verfahrensvereinfachung und/oder -beschleunigung?

7. Ausblick und Erwartungen

- Wo soll der wettbewerbsrechtliche Fokus/Schwerpunkt der weiteren Entwicklung Ihrer Meinung nach liegen?
- Wo sind die wichtigsten Handlungsfelder für den Gesetzgeber und für jene Einrichtungen, die das Wettbewerbsrecht und die Wettbewerbspolitik in Österreich tragen?

A2. Stellungnahme Kartellgericht

März 2013

Zum dem mit Schreiben vom 7.2.2013 übermittelten Fragebogen erlauben wir uns zunächst darauf hinzuweisen, dass die seit der Beiratsstudie „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ getroffenen legislativen Maßnahmen erst am 1.3.2013 in Kraft getreten sind und eine seriöse Beantwortung einiger der gestellten Fragen einen gewissen Beobachtungszeitraum erfordert. Des Weiteren weisen wir darauf hin, dass der Fragenkatalog auch zahlreiche rein rechtspolitische Fragen enthält, zu deren Beantwortung sich Richter des Kartellgerichts als Vollzugsorgane nicht berufen fühlen.

Im Hinblick auf obige Prämissen erlauben wir uns, Punkt 1. des Fragenkatalogs („allgemeine Fragen“) pauschal so zu beantworten, dass mit der am 1.3.2013 in Kraft getretenen Novelle einige neue Regelungen getroffen wurden, die geeignet scheinen, die Effektivität und Transparenz der Tätigkeit der mit dem Vollzug des Wettbewerbsrechts betrauten Behörden zu erhöhen. Im Rahmen des Gesetzwerdungsprozesses wurde auch auf in letzter Zeit neu aufgetauchte Vollzugsprobleme (etwa betreffend Hausdurchsuchungen) noch Rücksicht genommen. Gravierende neue Entwicklungen der Wettbewerbssituation, die im Arbeitskreis noch nicht erörtert werden konnten, sind uns nicht bekannt.

Zur Frage 2. (Allgemeine Verfahrensfragen):

2.1. Verfahren vor der BWB:

Seit der WettbG-Novelle 2005 bezieht sich die Verpflichtung der BWB, vor der beabsichtigten Einleitung eines kartellgerichtlichen Verfahrens den betroffenen Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, nur mehr auf Verfahren nach den §§ 26 bis 28 KartG, also nicht mehr auf Geldbußenverfahren nach § 29 KartG. Was den Gesetzgeber seinerzeit zu dieser Änderung veranlasste, ist mangels entsprechender Erläuterungen in den Gesetzesmaterialien nicht erschließbar. Gegen diese Beschneidung des rechtlichen Gehörs im Vorverfahren wurden von Unternehmervertretern schon oft Bedenken geäußert. Aus unserer Sicht würde nichts dagegen sprechen, diesen Bedenken Rechnung zu tragen, um die Rechtsstellung der Unternehmen im Vorverfahren zu stärken.

Die auch von Richtern des Kartellgerichts oft kritisch gesehene Praxis der BWB hinsichtlich der in § 10b Abs 3 WettbG vorgesehenen Information über Entscheidungen des Kartellgerichts wurde vom Gesetzgeber offenbar als unzureichend befunden, weshalb er diese Bestimmung nunmehr außer Kraft setzte und diese Aufgabe durch die Neufassung des § 37 KartG dem Kartellgericht übertrug. Damit scheint eine inhaltlich ausreichende Information der interessierten Öffentlichkeit über die Entscheidungen des Kartellgerichts gewährleistet. Dass diese auch zeitnah erfolgt, kann angesichts des vorgesehenen, allenfalls sogar mehrinstanzlichen Veröffentlichungsverfahrens nicht versprochen werden.

Der österreichische Kartellrechtsvollzug ist im Hinblick auf die Trennung zwischen Aufgriffsbehörden und Entscheidungsbehörde mit der Situation auf europäischer Ebene nicht immer vergleichbar. Aus unserer Sicht wäre es nicht zweckmäßig, wenn eine Verfahrenspartei ihre Rechtsmeinungen zu bestimmten verfahrens- und materiell-rechtlichen Problembereichen in Leitlinien fassen und veröffentlichen würde. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit der Unternehmen denkbar wären allenfalls „Selbstbindungserklärungen“ der Amtsparteien, unter welchen Umständen sie von einer Antragstellung beim Kartellgericht absehen werden.

2.2. Sachverständige:

In diesem Punkt stehen die im Fragenkatalog vorgegebenen Prämissen mit unseren Erfahrungen nicht im Einklang:

Der Sachverständigenbeweis spielt nicht „in praktisch allen Verfahren vor dem Kartellgericht“ eine entscheidende Rolle. Insbesondere in Geldbußenverfahren wegen verbotener Absprachen (§ 1 KartG bzw Art 101 AEUV) wird in der Regel kein Sachverständiger beigezogen. Zweifellos haben die Gutachten der Sachverständigen in jenen Verfahren, in denen sich ihre Beziehung als notwendig erweist, einen großen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens. Dies ist aber in komplexen Zivil- oder Strafverfahren, in denen das Treffen der notwendigen Feststellungen eine ökonomische Fachexpertise voraussetzt, nicht wesentlich anders. Im Übrigen sind kaum Alternativen erkennbar, sofern man nicht den Grundsatz des „more economic approach“ in Frage stellt. Dass in Zusammenschlussverfahren die Sachverständigen-gutachten oft nicht in der gewünschten Ausführlichkeit hinterfragt werden können, ist weniger ein Problem des Sachverständigenbeweises als ein solches der notwendigen engen Fristen.

Wie oft Zusammenschlussverfahren in „Phase 1“ durch Verpflichtungserklärungen enden, ist für uns nicht überblickbar. Jedenfalls kommen

einvernehmliche Auflagen oft auch erst nach Stellung eines Prüfungsantrags durch Gerichtsbeschluss zustande. Einvernehmliche Verpflichtungserklärungen oder Auflagen scheinen durchaus zweckmäßig, wenn dadurch die mit dem Zusammenschluss verbundenen Wettbewerbsprobleme beseitigt werden können. Auch in der europäischen Praxis wird der weit überwiegende Teil jener Zusammenschlussverfahren, bei denen wettbewerbliche Bedenken bestehen, entweder schon in Phase 1 oder erst in Phase 2 mit Verpflichtungserklärungen beendet.

Die Richter des Kartellgerichts sind stets bemüht, Sachverständige heranzuziehen, die sich zu den im Fragebogen zitierten europäischen Standards bekennen. Eben dies führt dazu, dass oft auch ausländische Sachverständige bestellt werden. Außerdem hat das Kartellgericht oft das materielle Europarecht anzuwenden. Aus diesen Gründen scheint die Entwicklung spezifisch österreichischer Gutachtensstandards nicht sinnvoll.

2.3. Hausdurchsuchungen:

Aus unserer Sicht ist zu erwarten, dass sich infolge der Neuregelung, insbesondere durch die Einschränkung des Widerspruchsrechts auf Geheimhaltungspflichten und Aussageverweigerungsgründe bestimmter Berufsgruppen sowie das Erfordernis der einzelnen Bezeichnung bestimmter Urkunden, der Umfang der Versiegelungen stark reduzieren wird. Damit wird die Effizienz dieses Ermittlungsinstruments wohl gesteigert werden. Während es den betroffenen Unternehmen bisher möglich war, Hausdurchsuchungen durch die Versiegelung von für einen Einzelrichter faktisch nicht bewältigbaren Urkunden- und vor allem auch Datenmengen praktisch nahezu undurchführbar zu machen, schlägt nunmehr das „Pendel“ wohl recht weit in die andere Richtung aus. Ob das gesetzlich vorgesehene Beweisverwertungsverbot den betroffenen Unternehmen einen ausreichenden Schutz gegen überschießende Sicherstellungen bietet, ist aus heutiger Sicht schwer abschätzbar und wird allenfalls nach einer ausreichenden Beobachtungszeit neuerlich zu evaluieren sein. Ebenso wird erst die Praxis zeigen, ob begleitende Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der nunmehr zur Auskunft verpflichteten Beschäftigten notwendig sind.

2.4. Kronzeugenregelung:

Die hier angesprochenen Probleme haben den Gesetzgeber zu einer Neufassung des § 11 Abs 3 bis 6 WettbG veranlasst. Eine Stellungnahme

zu den Auswirkungen der Neuregelung wäre verfrüht. Ob eine vollständige Kohärenz des kartellrechtlichen Geldbußenverfahrens mit dem „anderen Strafrechtsbereich“ erstrebenswert wäre, obliegt nicht unserer Beurteilung.

2.5. Geldbußenverfahren:

An der geringen gesetzlichen Determinierung der Höhe der Geldbußen und der dadurch bedingten schwierigen Vorhersehbarkeit kann die Einführung punktueller Erschwerungs- und Milderungsgründe wohl nichts Wesentliches ändern.

2.6. Sogenanntes „Settlement-Verfahren“:

Auch in diesem Punkt sind die im Fragebogen enthaltenen Prämissen zu relativieren:

Es ist nicht richtig, dass es kartellrechtliche Geldbußenverfahren ohne gerichtliche Entscheidung gibt. Vielmehr wird im Geldbußenverfahren die Möglichkeit von Vergleichen im Sinne der österreichischen Verfahrensvorschriften (also ohne unbedingtes Zugeständnis des vorgeworfenen Verhaltens) von uns einhellig verneint.

Der hier offenbar gemeinte Verzicht auf die Durchführung weiterer Erhebungen infolge Außerstreitstellung des von den Amtsparteien behaupteten Sachverhalts sowie die Verkündung der Entscheidung und deren gekürzte, auf den Spruch der Entscheidung beschränkte schriftliche Ausfertigung nach Rechtsmittelverzicht aller Parteien gründet auf §§ 33 Abs 1, 39 Abs 4 AußStrG iVm § 38 KartG. Festzuhalten ist, dass die Parteien keine Möglichkeit haben, das Kartellgericht zu dieser Vorgangsweise zu verpflichten. Insbesondere ist das Kartellgericht in seiner rechtlichen Beurteilung des unstrittigen Sachverhalts nicht präjudiziert. Eine Bindung besteht nur insoweit, als das Kartellgericht gem. § 36 Abs 2 KartG keine höhere Geldbuße verhängen darf als von den Amtsparteien beantragt.

Um dem vielfach geäußerten Transparenzproblem Rechnung zu tragen, wurde bereits dazu übergegangen, den Tatvorwurf und den Deliktszeitraum in den Spruch der Entscheidung aufzunehmen. Künftig ist dies schon durch die im neuen § 36 Abs 1a KartG vorgesehene Verpflichtung der Amtsparteien zur Konkretisierung ihres Begehrens vorgegeben. Mit Inkrafttreten der Novelle sind die Entscheidungen in danach anhängig gewordenen Verfahren auch in der Ediktsdatei zu veröffentlichen.

Infolge der nunmehr gewährleisteten Transparenz sollte auch die präventive Wirkung nicht gefährdet sein. Eine weniger rigorose Ahndung von Kartellrechtsverstößen kann in dieser Allgemeinheit nicht bestätigt werden, zumal die Höhe der andernfalls zu verhängenden Geldbuße für die Parteien ohnehin kaum absehbar ist (§ oben Punkt 5.). Dass die BWB in ihren Berechnungen zur Höhe der Geldbuße einen „Abschlag“ für die Kooperation bei der Wahrheitsfindung vornimmt, dürfte international üblich sein. Ein „Geständnis“ ist auch vom Kartellgericht als mildernd zu berücksichtigen.

Durch die oben geschilderte Verfahrensweise werden langwierige Beweisaufnahmen über einen im Ermittlungsverfahren ausreichend geklärten und von den betroffenen Unternehmen außer Streit gestellten Sachverhalt vermieden, was bei den Wettbewerbsbehörden Ressourcen für die Verfolgung und Ahndung anderer Wettbewerbsverstöße frei macht. In den davon betroffenen Verfahren stellen sich in der Regel keine größeren Rechtsprobleme, sodass von diesen ein wesentlicher Beitrag zur Rechtsfortentwicklung auch im Falle von „Vollausfertigungen“ der Beschlüsse nicht zu erwarten wäre. Im Übrigen können gekürzte Beschlussausfertigungen durchaus flexibel gestaltet werden. So hat das Kartellgericht in einem Fall (allerdings kein Geldbußenfall), in dem auch nach Außerstreitstellung des Sachverhalts eine wesentliche Rechtsfrage zu klären blieb, trotz Verkündung des Beschlusses und Rechtsmittelverzichts aller Parteien in die gekürzte Ausfertigung auch die wesentlichen rechtlichen Erwägungen aufgenommen.

Selbstverständlich entfalten auch die aufgrund von Außerstreitstellungen ergangenen Gerichtsentscheidungen Rechtskrafts- und Bindungswirkung. In nachfolgenden Schadenersatzprozessen kann sich das belangte Unternehmen daher nicht darauf berufen, den im Spruch der Entscheidung genannten Verstoß nicht begangen zu haben. Über diese Bindungswirkung hinaus sind auch „Vollausfertigungen“ von Geldbußenentscheidungen für private Schadenersatzkläger in der Regel keine wesentliche Hilfe. Im Kartellverfahren geht es um eine gesamthafte Bewertung des Verhaltens des belangten Unternehmens. Die zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche notwendige Prüfung der konkreten Auswirkungen dieses Verhaltens auf einzelne Verträge ist nicht Aufgabe des Kartellverfahrens (vgl. 16 Ok 8/08). Der vom Gesetzgeber mit der Novelle gewählte Weg, das „private enforcement“ nicht im Wege einer Neuregelung des Geldbußenverfahrens sondern durch schadenersatzrechtliche Sonderbestimmungen (§ 37a KartG) zu stärken, scheint daher systemkonform.

Zur Frage 3 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung):

3.1. Beweislastumkehr:

Eine allgemeine Beweislastumkehr im Missbrauchsverfahren ist offenbar nicht angedacht. Eine auf einzelne Branchen beschränkte Beweislastumkehr scheint verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Weshalb für Marktbeherrscher in einzelnen Branchen hinsichtlich der Beweislast andere Regeln gelten sollen als für Marktbeherrscher in anderen Branchen, ist auf den ersten Blick nicht einsichtig. Wenn aus den im Fragenkatalog als Beispiel angeführten Kennzahlen aus der Energiebranche ein Indiz für einen Marktmachtmisbrauch abgeleitet werden könnte, würde das wohl in gleicher Weise auch für jede andere Branche gelten. Sachlich gerechtfertigt im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes wäre eine nur für bestimmte Branchen geltende Beweislastumkehr allenfalls dann, wenn in diesen Branchen die Beweisschwierigkeiten für die Antragsteller wegen struktureller Unterschiede größer wären als in anderen. Dafür sehen wir aber keinen Anhaltspunkt.

Im Übrigen können vom Kartellgericht in aller Regel positive Feststellungen getroffen werden, sodass der Frage der Beweislast in der Praxis nicht die ihr oft zugemessene überragende Bedeutung zukommt.

3.2. Vermutungstatbestände:

Aus dem im letzten Absatz genannten Grund sollte auch die Bedeutung der Frage, ab welcher Marktanteilsschwelle eine Einzelmarktbeherrschung (widerleglich) zu vermuten ist, nicht überschätzt werden.

Die Praxis zeigt jedenfalls, dass eine Einzelmarktbeherrschung bei einem Marktanteil von unter 50% entgegen der schon ab 30% bestehenden Vermutung tatsächlich kaum jemals vorliegt. Wohl aus diesem Grund lässt auch die europäische Judikatur in der Regel erst ab der erstgenannten Schwelle eine Art „Beweislastumkehr“ eintreten.

Zur Frage 4 (Fusionskontrolle):

4.1. Neuer Fusionskontrolltest

Ob sich der Untersagungstatbestand in der Fusionskontrolle weiterhin auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung beschränken oder ob er künftig weiter gefasst werden soll, ist eine ausschließlich wettbewerbspolitische Frage, zu deren Beantwortung wir uns nicht berufen fühlen.

4.2. Breiterer Fokus bei der Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise von Fusionen

Nach der europäischen Rechtslage (Erwägungsgrund 20 zur FKVO) sind mehrere Erwerbsvorgänge, die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind, als ein einziger Zusammenschluss zu behandeln. Dazu führt die Kommission in der FKZust aus, dass Transaktionen dann als ein einziger Zusammenschluss anzusehen sind, wenn sie einheitlichen Charakter haben, also wenn sie so voneinander abhängig sind, dass die eine nicht ohne die andere durchgeführt worden wäre. Wäre hingegen jede der Transaktionen auch ohne die andere durchgeführt worden, liegt kein einheitlicher Zusammenschluss vor (zu näheren Details siehe FKZust Rn 36 ff). Diese Grundsätze entsprechen der im KartG geltenden „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ und können wohl auch ohne gesetzlich angeordnete „breitere Fokussierung“ dieses Grundsatzes auf die österreichische Fusionskontrolle übertragen werden.

Davon zu unterscheiden ist die Frage der Folgen einer im obigen Sinne nicht vollständigen Anmeldung. Diesbezüglich ist insbesondere auf die Möglichkeit nachträglicher Maßnahmen nach § 16 KartG zu verweisen. Geht die Abweichung soweit, dass in Wahrheit ein anderer Zusammenschlusstatbestand vorliegt, steht dem tatsächlichen Zusammenschlussvorhaben sogar trotz Freigabe des angemeldeten Erwerbsvorgangs weiterhin das Durchführungsverbot entgegen (siehe *Urlesberger* in *P/UV* KartG § 17 Rz 19 ff). Jedenfalls gehen unvollständige Anmeldungen, in denen zum Zusammenschluss gehörende Transaktionen verschwiegen werden, schon nach geltender Rechtslage stets auf Risiko der Zusammenschlussparteien.

Zur Frage 5 (Wettbewerbsmonitoring)

Zu dieser Frage können wir keinen wesentlichen Input liefern.

Zur Frage 6 (Regulierungsbehörden)

Die Antragskompetenzen der Regulierungsbehörden werden nach unseren Beobachtungen nur in wenigen Einzelfällen genutzt, lassen aber einem Zusammenspiel bzw. einer Koordination oder einem regen Informationsaustausch mit diesen Behörden aus rechtsstaatlichen Erwägungen nur wenig Spielraum. Insbesondere führen sie dazu, dass die bei diesen Behörden bestehende hohe Fachkompetenz und Branchenkenntnis im Kartellverfahren nur eingeschränkt verwertbar ist, weil einer potentiellen Verfahrenspartei wohl nicht die Rolle eines unabhängigen Sachverständigen zukommen kann.

Über das Verhältnis zwischen der BWB und den Regulierungsbehörden können Richter des Kartellgerichts keine Aussage treffen. Gleiches gilt für das Verfahren der Auftragsvorprüfung gem. § 6a ORF-G.

Zur Frage 7 (Ausblick und Erwartungen)

Nach unserer Ansicht können solche Fragen erst beantwortet werden, wenn die ersten Auswirkungen der eben erst in Kraft getretenen Novelle sichtbar werden.

Mag. Nikolaus Schaller
Mag. Claudia Hainz-Sator
Dr. Anneliese Kodek
Mag. Martina Elhenicky
Dr. Sabine Völkl-Torggler

A3. Stellungnahme Verbund

März 2013

1. Allgemeine Fragen:

Hat sich Ihrer Meinung nach seit der Studie 2009/2010 die Wettbewerbssituation in Österreich verändert? Welche wettbewerbspolitischen Entwicklungen hat es seitdem gegeben? Welche Entwicklungen beurteilen Sie positiv, welche negativ?

- VERBUND hat sich stets für einen fairen Wettbewerb ausgesprochen und begrüßt auch Maßnahmen, die zu Chancengleichheit und einer weiteren Marktbelebung führen.
- Der Wettbewerb am österreichischen Strommarkt hat zwar zugenommen, ist aber noch verbesserungswürdig. Lediglich zwei neue Mitbewerber haben sich in den letzten zwei Jahren etabliert, dabei handelt es sich um sogenannte Tier-2 bzw. Zweit-Marken von incumbents, also bereits etablierter Anbieter. Es ist anzunehmen, dass diese „neuen“ Mitbewerber durch ihre kompetitive Preispolitik jene wechselbereiten Kunden abschöpfen, die sich aktiv im E-Control Rechner über Preisangebote informieren.
- Es gilt auch die Wechselbereitschaft der Stromkunden zu heben. VERBUND propagiert als einer der wenigen Stromanbieter laufend die Vorteile eines Wechsels mit Werbemaßnahmen. Eine bis dato einmalige, aber breitenwirksam und gezielt angelegte Kommunikation vom Lebensmittel-Discounter Hofer hat gezeigt, dass bei entsprechendem werblichen Druck und Vorteilen für die Kunden sehr wohl Interesse am Thema Strom bei der Bevölkerung geweckt werden kann und davon gleich mehrere Stromanbieter profitieren.

Wie beurteilen Sie die Änderungen des Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungs- gesetzes 2012 (BGBl I 13/2013) aus heutiger Sicht?

Das erst am 1.3.2013 in Kraft getretene Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetz 2012 hat zwar einige Neuerungen mit sich gebracht. Erst die Praxis wird zeigen, ob eine weitere, umfangreiche Novelle erforderlich sein wird.

Welche sind die wesentlichsten Merkmale der gegenwärtigen Vollzugspraxis in Österreich? Welche Auswirkungen auf die Realwirtschaft hat diese Vollzugspraxis? Gibt es Vollzugs- bzw. Transparenzdefizite?

Die Befugnisse der BWB wurden durch die Novelle punktuell gestärkt. Die Umsetzung in der Praxis wird erst zeigen, ob es Defizite gibt.

Welche sind aus Ihrer Sicht die derzeit bestimmenden wettbewerbspolitischen Themen in Österreich?

- Energieeffizienzgesetz NEU
- Förderung der Erneuerbaren Energien

2. Allgemeine Verfahrensfragen:

2.1. Verfahren vor der BWB:

Sind aus Ihrer Sicht zusätzliche Rechtsschutzzinstrumente im kartell- bzw. wettbewerbsrechtlichen Vorverfahren notwendig? Wenn ja, welche?

Eine in Anlehnung an § 17 AVG (Allg. Verwaltungsverfahrensgesetz) den an einem Verfahren beteiligten Parteien gewährtes Recht auf Akteneinsicht und Möglichkeit zur Anfertigung von Abschriften von Akten oder Aktenanteilen, um vom Stand der Ergebnisse Kenntnis zu erlangen, wäre jedenfalls auch im kartell- bzw. wettbewerbsrechtlichen Vorverfahren ein wünschenswertes Rechtsschutzzinstrument. Ein Rechtsbeistand bei der Einvernahme von Zeugen, der aktuell nicht vorgesehen ist, wäre eine sinnvolle Maßnahme.

Sind Sie der Auffassung, dass die Informationsbekanntgabe der BWB einem europäischen Standard entspricht? Wie zeitnah und umfanglich sollte über konkrete Verfahren und Entscheidungen informiert werden? Wird Ihrer Ansicht nach § 37 KartG eine Verbesserung hinsichtlich der Transparenz bringen?

Grundsätzlich ist die Veröffentlichungspflicht von Entscheidungen mit Ausnahme von Geschäftsgeheimnissen zu begrüßen. Getroffene Vergleiche bleiben dennoch im Verborgenen, auch hier sollte eine analoge Veröffentlichungspflicht gelten.

Auf das Geschäftsgeheimnis ist zwar Bedacht zu nehmen, aber Rechtsanspruch besteht darauf keiner, weil das Gesetz keine Definition des Begriffes

„Geschäftsgeheimnis“ vorsieht. Eine solche Definition wäre in Anlehnung an die EU- Praxis, wo neben Geschäftsgeheimnissen auch andere vertrauliche Informationen geschützt sind, wünschenswert.

Wäre es aus Ihrer Sicht zweckmäßig, wenn die BWB, ähnlich der EU-Kommission, Leitlinien in verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Problembereichen veröffentlichen würden, die Unternehmen und die interessierte Öffentlichkeit größere Rechtssicherheit über das mögliche künftige Behördenhandeln bringen könnte?

Derartige Leitlinien wären durchaus zu begrüßen.

2.3. Verfahren bei Hausdurchsuchungen

Wie wird sich ihrer Meinung nach die Neuregelung nach dem KaWeRÄG 2012 in der Praxis auswirken, welche Maßnahmen sind begleitend zu setzen, um auch die berechtigten Interessen der Beteiligten (Unternehmen, MitarbeiterInnen) zu wahren?

Unseres Erachtens sollte die Befragung durch die BWB auf Entscheidungsträger eingeschränkt werden bzw. eine Befragung von Mitarbeitern nur im Beisein des Vorgesetzten oder des Vertrauensanwalts durchgeführt werden dürfen. Außer- dem soll es die Möglichkeit geben, auf komplexe Fragestellungen schriftlich zu antworten. Des Weiteren sollte die Anwaltskorrespondenz dem Zugriff der BWB entzogen werden („legal privilege“), wie dies bei Untersuchungen durch die EU- Kommission gängige Praxis ist. Für Unternehmen ist es im Falle einer Hausdurchsuchung essenziell, dass diese geordnet und möglichst rasch abläuft. Beeinträchtigungen des normalen Arbeitsablaufs sind, so weit möglich, zu verhindern. Um die Begleitung der Hausdurchsuchung durch einen Vertrauensanwalt des betroffenen Unternehmens zu ermöglichen, sollte die BWB bis zum Eintreffen des Vertrauensanwaltes zuwarten.

In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass Unternehmen vom umfassenden Widerspruchsrecht überschießend Gebrauch gemacht haben. Dies hat zu einer Verfahrens-ergänzung des § 12 Abs 5 WettbG geführt. Trägt diese Regelung Ihrer Ansicht nach dem Gebot der Rechtssicherheit der Unternehmen einerseits und der Effizienz der Vollzugshandlungen andererseits in ausgewogener Weise Rechnung?

Bis dato gab es ein pauschales Widerspruchsrecht des Betroffenen gegen die Einsichtnahme durch die BWB, dann musste das Kartellgericht entscheiden. Künftig soll das nur mehr für Berufsgruppen mit besonderen

Geheimhaltungspflichten gelten. Alle anderen sollen konkret darlegen müssen, welche einzelnen Unterlagen warum von der Einsicht ausgenommen werden. Aus Behördensicht mag das ein praktikabler Lösungsansatz sein, für die Betroffenen ist es im Rahmen einer Hausdurchsuchung geradezu unmöglich, die vom Überprüfungs-auftrag erfassten Daten, die zurecht beschlagnahmt werden könnten, von den nicht relevanten Unterlagen zu trennen.

2.4. Rechtskontrolle für den Kronzeugenstatus

Wie bewerten Sie die gegenwärtige Ausgestaltung der nationalen Kronzeugenregelung in der Änderung durch das KaWeRÄG 2012? Sehen Sie hier Verbesserungsbedarf auch in Hinblick auf die Kohärenz mit anderen Strafrechtsbereichen nach Einführung des § 209 b StGB?

Die Regelung betreffend Kronzeugen wurde an die EU-Gesetze angepasst. Generell wäre es wünschenswert, konkretere Regelungen betreffend die Eigenschaft eines Kronzeugen zu haben.

Den Verweis auf § 209 b StGB können wir nicht nachvollziehen. Es dürfte unseres Erachtens der § 209b StPO (Rücktritt von der Verfolgung wegen Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung) gemeint sein – aber hierzu haben wir keine Erfahrung.

2.5. Geldbußenverfahren

Sehen sie weiteren Handlungsbedarf in Hinblick auf die rechtsstaatliche Ausgestaltung des diesbezüglichen Verfahrensrechtes?

Jedenfalls stellen die Reformen eine Verbesserung gegenüber früher dar.

2.6. Settlement-Verfahren

Das KaWeRÄG 2012 hat keine wesentlichen Änderungen betreffend die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Geldbußenverfahrens gebracht. Sollte Ihrer Meinung nach hier nachgebessert werden, wenn ja, welche Maßnahmen könnten dazu beitragen, das Geldbußenverfahren transparenter zu gestalten?

Welche Vor- und Nachteile sehen Sie bei einvernehmlichen Verfahrensvereinigungen zwischen den antragstellenden Behörden und betroffenen Unternehmen?

Ist ein Settlement-Verfahren geeignet, Kartellrechtsverstöße rigoros zu ahnden?

Entfaltet ein Settlement-Verfahren eine präventive Wirkung?

Halten sie es für sinnvoll, das Settlement-Verfahren explizit zu regeln bzw. in einer Art und Weise einzuschränken, damit es in der vorliegenden Form nicht zum kartellrechtlichen Regelverfahren wird?

Siehe dazu Punkt 1, 3. Bullet.

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung:

3.1. Beweislastumkehr:

Ist die Beweislastumkehr ein angemessenes Mittel zur Wettbewerbskontrolle?

Eine Beweislastumkehr im EVU-Bereich ist überschießend und würde eine weitere Störung des Marktes bedeuten. Sie ist aus wettbewerbs- und verfassungsrechtlichen Gründen abzulehnen. Hier wird auf die ausführliche Stellungnahme von Österreichs Energie zur Kartellgesetz Novelle 2012 verwiesen, in der die umfangreichen rechtlichen Bedenken gegen eine solche Maßnahme ausführlich dargestellt sind.

Reichen die bestehenden Mitwirkungspflichten des Informationsinhabers gemäß § 381 ZPO und die freie Beweiswürdigung des Richters aus? Aus VERBUND-Sicht reichen die bestehenden Mittel völlig aus.

Ist eine Beweislastumkehr auf Märkten, die einer besonderen Kontrolle unterliegen, notwendig?

Nein. Kontrollen sollten immer nur bei begründetem Verdacht angedroht bzw. durchgeführt werden. Märkte, die einer besonderen Kontrolle unterliegen, sind an sich schon sehr gut kontrolliert. Jeder weitere Schritt führt zwangsläufig zu Doppelgleisigkeiten und Ineffizienzen.

Sind Sie der Meinung, dass Erleichterungen in der Beweisführung in Missbrauchsverfahren für bestimmte Branchen/Märkte, die wettbewerbslich als sensibel gelten, angemessen wären?

Nein. Es bedarf keiner speziellen Regelungen bzw. Erleichterungen bei der Beweisführung.

4. Wettbewerbsmonitoring

Bieten die rechtlichen Vorgaben eine hinreichende Basis für die Entwicklung eines leistungsfähigen wettbewerbspolitischen Instrumentes, welches aussagekräftige Ergebnisse liefern kann?

VERBUND begrüßt grundsätzlich jedes wettbewerbspolitische Instrument, das einen transparenten und leistungsfähigen Wettbewerbsvollzug unterstützt und sieht die gesetzliche Verankerung eines Wettbewerbsmonitoring positiv. Die rechtliche Verankerung in § 2 Abs. 1 Z 8 WettbG stellt hierfür eine erste rechtliche Grundlage dar. Es muss allerdings auch sicher sein, dass ein Wettbewerbsmonitoring keine zusätzlichen Kosten bzw. Verwaltungsaufwand verursacht, da Kostensteigerungen weiterverrechnet werden müssen (z.B. werden die Meldepflichten an die Landesregierungen im Rahmen der Landes-EIWOGs als ein unangemessen hoher Aufwand gesehen und als kritisch bewertet). Zudem bedarf es einer Klarstellung, von wem welche Datenkategorien in welcher Intensität und Regelmäßigkeit erhoben werden.

5. Regulierungsbehörden

Welche Rolle sollen Ihrer Meinung nach die Regulierungsbehörden im Rahmen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht spielen?

Die Regulierungsbehörde soll sich auf Ihre Kernaufgaben konzentrieren und keine weiteren Verpflichtungen aufgebürdet bekommen (Doppelgleisigkeiten mit BWB sollen aus Effizienzgründen vermieden werden).

A4. Stellungnahme Bundeskartellanwalt

März 2013

1. Allgemeine Fragen:

Hat sich Ihrer Meinung nach seit der Studie 2009/2010 die Wettbewerbssituation in Österreich verändert? Welche wettbewerbspolitischen Entwicklungen hat es seitdem gegeben? Welche Entwicklungen beurteilen Sie positiv, welche negativ?

Zahlreiche österreichische Unternehmen waren seit 2009 Gegenstand von Kartellverfahren vor dem Kartellgericht (KG), der Europäischen Kommission (EK)¹ und dem deutschen Bundeskartellamt (BKartA). Auffällig ist, dass österreichische Unternehmen vor allem außerhalb Österreichs oftmals wohl ganz bewusst in „großen“ Fällen den „Kronzeugenweg“ eingeschlagen haben (etwa die *Voestalpine* im Zusammenhang mit dem sogenannten deutschen Schienenkartellfall² oder *Rosenbauer*³ hinsichtlich des Feuerwehrausrüster-Kartells). Infolge allgemein erhöhter Sensibilisierung für das Thema fragt die Wirtschaft dem Vernehmen nach auch einschlägige Dienstleistungen vermehrt nach (Compliance-Schulungen, „mock dawn raids“ etc.). Salopp gesagt: Kartellrecht scheint nun in den Köpfen vieler Vorstände angekommen zu sein.

Hinsichtlich der Zusammenschlusskontrolle ist im Wesentlichen eine „Normalisierung“ der Situation feststellbar, die möglicherweise auf eine Beruhigung der Finanz- und Wirtschaftskrise zurückzuführen ist, die just zum Zeitpunkt der Studienabfassung 2009/2010 ihren Höhepunkt hatte: So hat sich beispielsweise seither die Zahl der Zusammenschlussanmeldungen wieder auf ein Vorkrisenniveau eingependelt. In verschiedenen Sektoren (so zB. auch im Telekom-Sektor) versuchen diverse Stakeholder einen industriepolitischen Ansatz durchzusetzen.

Wie beurteilen Sie die Änderungen des Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetzes 2012 (BGBl I 13/2013) aus heutiger Sicht?

Eine seriöse abschließende Beantwortung dieser Frage erscheint zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht möglich zu sein. Viele Neuerungen sind

1] EK 28.3.2012, COMP/39.452 — Beschläge; EK 27.6.2012, COMP/39.611 — Water Management Products.

2] http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell12/Kartell_Fallberichte_12/B12-011-11-ENDG.pdf.

3] <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell11/Fallberichte/B12-012-10-endg.pdf>.

theoretisch wohlüberlegt, Ergebnis einer intensiven Diskussion im Vorfeld und getragen von einem guten Willen; bewähren müssen sie sich allerdings in der Praxis. Sicherlich wird das eine oder andere Problem auftauchen, das man nicht bedacht hat bzw. bedenken konnte.

Die grundsätzliche Einschätzung der Änderungen ist aber jedenfalls positiv.

Welche sind die wesentlichsten Merkmale der gegenwärtigen Vollzugspraxis in Österreich? Welche Auswirkungen auf die Realwirtschaft hat diese Vollzugspraxis? Gibt es Vollzugs- bzw. Transparenzdefizite?

Die gegenwärtige Vollzugspraxis ist sicherlich dominiert von einem repressiven Aspekt, nämlich von den zahlreichen Nachschauen bzw. Hausdurchsuchungen. Da dies auch mit medialer Öffentlichkeitswirksamkeit verbunden ist, trägt dies sicher in erster Linie zur Bewusstseinsbildung der gesamten Realwirtschaft bei (generalpräventive Wirkung).

Dabei wird nicht verkannt, dass gerade solche wettbewerbsbehördlichen Aktivitäten extrem ressourcenaufwendig – für Behörde wie betroffene Unternehmen – sind. Die Neigung, derartige Verfahren nicht zuletzt auch aus diesem Grund ressourcenschonend „einvernehmlich“ zu beenden, ist nachvollziehbar.

Aus Sicht des öffentlichen Vollzugsinteresses ist dazu aber anzumerken: Derartige „settlement procedures“ sollten wohl eher die Ausnahme denn – was derzeit der Fall zu sein scheint – die Regel darstellen.

Wenn dieser Settlement-Weg aber gewählt wird, sollte allerdings nach entsprechender Transparenz getrachtet werden – dies aus zwei Gründen: Aus behördlichem Eigeninteresse, nämlich um sich nicht dem Vorwurf der „Mauschelei“ auszusetzen, aus generalpräventivem Interesse, nämlich um auch für andere, nicht betroffene Unternehmen einen klaren Rahmen von „Go’s“ und „No-Go’s“ festzumachen. Dazu ist es aber auch erforderlich, dass das KG seiner Rolle als Entscheidungsbehörde nachkommt, insbesondere hinsichtlich der jeweiligen Entscheidungsbegründung.

Zu hoffen ist, dass die Anwendungspraxis des neuen § 37 KartG hier entsprechende Fortschritte mit sich bringt.

Welche sind aus Ihrer Sicht die derzeit bestimmenden wettbewerbspolitischen Themen in Österreich?

Die bereits erwähnten Nachschauen bzw. Hausdurchsuchungen bei diversen Unternehmen.

2. Allgemeine Verfahrensfragen:

2.1. Verfahren vor der BWB:

Sind aus Ihrer Sicht zusätzliche Rechtsschutzinstrumente im kartell- bzw. wettbewerbsrechtlichen Vorverfahren notwendig? Wenn ja, welche?

Das derzeitige Rechtsschutzinstrumentarium scheint aus kartellbehördlicher Sicht ausreichend.

Sind Sie der Auffassung, dass die Informationsbekanntgabe der BWB einem europäischen Standard entspricht?

Gegenfrage: Was ist europäischer Standard? Die Praxis verschiedener Behörden scheint entsprechend different zu sein. Unabhängig davon sollte aber wohl entscheidender Maßstab die Information über den behördlichen und kartellgerichtlichen Vollzug sein, um für Unternehmen und die interessierte Öffentlichkeit klar aufzubereiten, was erlaubt und was nicht erlaubt ist.

Wie zeitnah und umfänglich sollte über konkrete Verfahren und Entscheidungen informiert werden?

So zeitnah wie (nach Rechtskraft) möglich und so umfangreich wie tunlich. Kartell-/ Wettbewerbsrecht „lebt“ ganz besonders (Einzelfall-) Entscheidungen, insbesondere wenn diese auch publiziert werden.

Wird Ihrer Ansicht nach § 37 KartG eine Verbesserung hinsichtlich der Transparenz bringen?

Dies ist jedenfalls ganz stark zu hoffen.

Wäre es aus Ihrer Sicht zweckmäßig, wenn die BWB, ähnlich der EU-Kommission, Leitlinien in verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Problembereichen veröffentlichen würden, die Unternehmen und die interessierte Öffentlichkeit größere Rechtssicherheit über das mögliche künftige Behördenhandeln bringen könnte?

Ja, zumindest in jenen Bereichen, in denen sich die Behördenpraxis nicht ohnedies bereits jetzt schon am einschlägigen „EU-soft-law“ orientiert.

Der Fragestellung ist aber ein gewisser Widerspruch inhärent: Hinsichtlich der geforderten Rechtssicherheit ist nämlich anzumerken, dass „soft law“ bei strenger Betrachtung gerade nicht die Rechtsqualität gesetzten Rechts zukommt.

2.2. Sachverständige:

In praktisch allen Verfahren vor dem Kartellgericht spielt der Sachverständigenbeweis eine entscheidende Rolle. Wie beurteilen Sie im europäischen Kontext die Einbindung der Sachverständigen in die Kartellgerichtsbarkeit (1= sehr gut, 5= nicht zufriedenstellend). Sehen Sie Optimierungsmöglichkeiten? Sehen Sie Alternativen zum gegenwärtigen System?

Eine Pauschalbeurteilung nach dem Schulnotensystem erscheint schwer möglich; vielmehr wird eine differenzierende Sichtweise als angemessen erachtet:

2.2.1. Grundsätzliche prozessuale Rolle des Sachverständigen

Grundsätzlich ist nach österreichischem Verfahrensrecht der Sachverständige eine Person, die kraft ihrer besonderen Sachkunde dem Gericht die Kenntnis von Erfahrungssätzen ihres Wissensgebietes verschaffen und/oder streiterhebliche Tatsachen ermitteln und/oder daraus Schlussfolgerungen ziehen soll. Er ist daher einerseits ein Helfer des erkennenden Richters, der dessen fehlende Sachkenntnis ergänzt, andererseits aber auch ein Beweismittel, das die Feststellung von Tatsachen ermöglicht. Als Hilfsorgan des Richters stellt der Sachverständige nicht nur seine Kenntnisse zur Verfügung, sondern wird auch unmittelbar bei der Erhebung von Tatsachen tätig. Durch die Ermittlungstätigkeit, kommt ihm große Bedeutung bei der Gewinnung von Tatsachengrundlagen für die gerichtliche Entscheidung zu. Die Grenze seiner Tätigkeit liegt bei der Würdigung dieser Tatsachen: Er hat sich jeder Beurteilung darüber, ob diese Tatsachen als wahr anzunehmen sind, zu enthalten. Beweismittelwürdigung und rechtliche Beurteilung sind ausschließlich dem Richter vorbehalten.

2.2.2. Kartellgerichtliche Rolle des Sachverständigen

De facto geht aber die Rolle des Sachverständigen im Kartellverfahren viel weiter als die eines bloßen Hilfsorganes des KG. Insbesondere (aber nicht nur) im Fusionskontrollverfahren erfolgt in der Phase der vertieften Prüfung die oftmals extrem ressourcenaufwendige Stoffsammlung regelmäßig ausschließlich durch den Sachverständigen bzw. durch dessen Apparat. Der Befund ist wiederum die Basis für das eigentliche Gutachten; beide werden oftmals „1:1“ vom KG für die eigentliche Entscheidung übernommen bzw. darin „inkludiert“. Als festgestellter Sachverhalt sind sie dann Teil der gerichtlichen Entscheidung.

Im „normalen“ Zivilverfahren jedenfalls können die Parteien den abschließenden gerichtlichen Akt der Tatsachenfeststellung in einem Rechtsmittel bekämpfen, jedoch nicht im kartellgerichtlichen Verfahren⁴. Die einzige Möglichkeit der antragstellenden Amtsparteien, einen unrichtigen/„gefärbten“ Sachverhalt zu bekämpfen, findet sich lediglich im Vorfeld der eigentlichen Gerichtsentscheidung, nämlich bei einer allfällig stattfindenden Gutachtenserörterung im Rahmen einer Tagsatzung. Leider wird der Zeitraum für die Gutachtenserstellung (vor allem in komplexen Fällen) zeitlich derart angesetzt, dass nach Vorlage des Sachverständigengutachtens de facto keine Zeit mehr für eine intensive Auseinandersetzung mit dem Gutachten, Beauftragung weiterer Gutachten oder Durchführung von Vernehmungen bleibt (wobei nicht verkannt wird, dass dies auch Folge des rigiden gesetzlichen Fristenregimes ist). Als Folge dessen endet eine solche Erörterung erfahrungsgemäß meistens in einem „Beharrungsbeschluss“ des Sachverständigen.

Nicht weniger bedenklich stellt sich diese Problematik im Sanktionsbereich (Geldbußenverfahren) dar. Faktum und bezeichnend ist auch, dass das Fehlen einer zweiten Tatsacheninstanz laut Beiratsstudie von der Mehrzahl der Befragten bemängelt wurde⁵.

2.2.3. Methodik der Sachverständigen

Obwohl im KartG eindeutig das Bedarfsmarktkonzept festgeschrieben ist, verwenden Sachverständige oftmals stattdessen den SSNIP-Test, der im Ergebnis in der Regel zu größeren Märkten kommt⁶.

In vielen Gutachten wurde anstelle des „strukturorientierten“ Marktbeherrschungstests dem gegenwärtigen wissenschaftlichen „Main-Stream“ zufolge eine Abwandlung des SIEC-Test herangezogen. Der offene Widerspruch zwischen beiden völlig unterschiedlichen Methodenansätzen wird letztendlich mit dem (Schein-)Argument vom Tisch gewischt, dass, – solange keine wirksame Reduktion von Wettbewerb festgestellt werden könne, eine Marktbeherrschung nicht vorliegen könne.

Die Gutachter, oft beeinflusst von „modernen“, doch keineswegs wertfreien Methodenansätzen⁷, entfernen sich damit von den Vorgaben

4] S dazu die Grundsatzentscheidung KOG 16 Ok 20/04 (ansatzweise schon 16 Ok 1/05); seither stRsp [zB 16 Ok 43/05, 16 Ok 8/07; 16 Ok 5/08, 16 Ok 1/11 sowie RIS-Justiz RS0109206 und RS0123662]).

5] *Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen*, Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich (2010), 50.

6] Dies erklärt sich aus der Tatsache, dass der SSNIP-Test auf die Entscheidung des „Grenzkonsumenten“ abzielt, hingegen die Betrachtung des „Bedarfsmarktes“ auf den „Durchschnittskonsumenten“ abzielt; vgl dazu auch Klein, SSNIP-Test oder Bedarfsmarktkonzept?, WuW 2010, 169 ff.

7] Detailliert wird auf die unterschiedlichen Ergebnisse im Zusammenhang mit anderen Kriterien unter Punkt 4 und in Anlehnung verschiedener Artikel von Baker/Shapiro eingegangen.

des österreichischen Gesetzgebers. Das Ergebnis ist – ebenso wie bei den amerikanischen und europäischen Wettbewerbsbehörden, die sich jeweils für einen wettbewerbsökonomischeren Ansatz entschieden haben – ein deutlicher Rückgang an Untersagungen oder Entscheidungen mit wirksamen Auflagen.

Hier wäre es Aufgabe des KG, dem Sachverständigen eine klare Anleitung der zu wählenden Methoden zu geben und Abweichungen davon zu verhindern.

Letztendlich ist die noch immer nicht befriedigend gelöste Aufgabe des KG zu erwähnen, solche Sachverständige zu finden, die dem wirtschaftlichen Druck der Unternehmen etwas entgegenzusetzen haben bzw. aus wirtschaftlichen Gründen nicht primär auf Aufträge des Privatsektors angewiesen sind.

2.2.4. Optimierungsmöglichkeiten

Die Beiratsstudie lehnt (zu Recht) einen drei-instanzlichen Verfahrenszug ab und schlägt vor, das Kartellobergericht (KOG) auch als Tatsacheninstanz anzudenken: In diesem Fall sollte die Tatsachenkontrolle aber stärker auf zivilprozessuale Grundsätze aufgebaut werden; das Rekursgericht sollte nicht zu einer umfassenden Amtswegigkeit verpflichtet, sondern die Entscheidung vielmehr auf das Parteivorbringen reduziert werden.

Dieser Vorschlag erscheint zumindest diskussionswürdig. Grundsätzliche Alternativen zum derzeitigen System sind schwer vorstellbar. Am ehesten wäre wohl jenes eines (ständigen) Amtssachverständigen zu erwähnen.

Würden Sie es für sinnvoll erachten, solche Standards für den Sachverständigenbeweis im Rahmen des österreichischen Kartellverfahrens zu entwickeln?

Jede Klärung des Verfahrens für Sachverständige wäre wünschenswert. Allerdings geht ein für das KG erstelltes Sachverständigengutachten deutlich über jenes einer „economic analysis“ (durch einen Consultant als „Privatgutachter“) bei Verfahren vor der EK hinaus, sodass die „best practice“ der EK wohl nicht ausreichen wird; dies betrifft insbesondere die Befundaufnahme durch Gespräche mit Parteien und Dritten, die auch überprüfbar geregelt werden müssten.

Nachdem Vorschläge der Amtsparteien für entsprechende Standards in der Vergangenheit nicht erfolgreich waren, müsste so ein Dokument unter enger Einbeziehung des KG erstellt werden.

2.3. Verfahren bei Hausdurchsuchungen:

Wie wird sich ihrer Meinung nach die Neuregelung nach dem KaWeRÄG 2012 in der Praxis auswirken, welche Maßnahmen sind begleitend zu setzen, um auch die berechtigten Interessen der Beteiligten (Unternehmen, MitarbeiterInnen) zu wahren?

Da der Bundeskartellanwalt (BKAnw) nicht unmittelbar mit Rechtsfragen im Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen befasst ist, wird von einer Beantwortung dieser Frage abgesehen.

In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass Unternehmen vom umfassenden Widerspruchsrecht überschießend Gebrauch gemacht haben. Dies hat zu einer Verfahrensergänzung des § 12 Abs 5 WettbG geführt. Trägt diese Regelung Ihrer Ansicht nach dem Gebot der Rechtssicherheit der Unternehmen einerseits und der Effizienz der Vollzugshandlungen andererseits in ausgewogener Weise Rechnung?

Da der BKAnw nicht unmittelbar mit Rechtsfragen im Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen befasst ist, wird von einer Beantwortung dieser Frage abgesehen.

2.4. Rechtskontrolle für den Kronzeugenstatus:

Wie bewerten Sie die gegenwärtige Ausgestaltung der nationalen Kronzeugenregelung in der Änderung durch das KaWeRÄG 2012? Sehen Sie hier Verbesserungsbedarf auch in Hinblick auf die Kohärenz mit anderen Strafrechtsbereichen nach Einführung des § 209b StPO?

Die Ausgestaltung der Kronzeugenregelung ist wohl weniger ein einmaliger, abgeschlossener Prozess, sondern vielmehr ein „work in progress“, der laufend anhand der praktischen Erfahrungen zu adaptieren ist.

Kohärenzüberlegungen spielen dabei natürlich eine wichtige Rolle: In erster Linie ist mit der Kronzeugenregelung wohl der – grundsätzlich antagonistische – Bereich des Schadenersatzes aus Kartellverstößen bzw. Bestrebungen zur Einführung eines „private enforcement“ abzustimmen, aber natürlich auch jener des Zusammenwirkens mit § 209b StPO (daran wird derzeit gemeinsam von BKAnw, BWB und BMJ [Sektion II] im Rahmen der [Neu-]Konzeption der entsprechenden Handbücher konkret gearbeitet).

2.5. Geldbußenverfahren:

Sehen sie weiteren Handlungsbedarf in Hinblick auf die rechtsstaatliche Ausgestaltung des diesbezüglichen Verfahrensrechtes?

Legt man als Vergleichsmaßstab jenes der StPO oder auch „nur“ des VwStG an, so ist diese Frage wohl (immer noch) zu bejahen.

Faktum ist aber auch: Mit dem KaWeRÄG 2012 ist auch in diesem Punkt jedenfalls ein wichtiger rechtsstaatlicher (Fort-)Schritt gemacht worden.

2.6. Settlement-Verfahren:

Das KaWeRÄG 2012 hat keine wesentlichen Änderungen betreffend die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Geldbußenverfahrens gebracht. Sollte Ihrer Meinung nach hier nachgebessert werden, wenn ja, welche Maßnahmen könnten dazu beitragen, das Geldbußenverfahren transparenter zu gestalten?

2.6.1. Antragstellende Amtsparteien

Die von den Amtsparteien vorgenommene Berechnung der beantragten Geldbuße sollte bereits im Geldbußenantrag so umfassend und nachvollziehbar wie nötig erfolgen. Insbesondere sollten dabei etwa in sinngemäßer Anwendung der Bußgeld-Leitlinien allenfalls schlagend werdende „Rabattierungen“ nachvollziehbar und begründet dargestellt werden.

2.6.2. Kartellgericht

Auch hier ist es erforderlich, dass das KG seiner Rolle als Entscheidungsbehörde nachkommt, insbesondere hinsichtlich der jeweiligen Entscheidungsbegründung.

Welche Vor- und Nachteile sehen Sie bei einvernehmlichen Verfahrensvereinigungen zwischen den antragstellenden Behörden und betroffenen Unternehmen?

Siehe dazu die Ausführungen bereits oben unter 1. Ergänzend ist dazu zu sagen:

Vorteile:

Den Behörden ermöglicht die einvernehmliche Verfahrensbeendigung einen ressourcenschonenden Prozessabschluss in – gegenüber einem

„vollen“ strittigen Verfahren – vergleichsweise kurzer Zeit. Wettbewerbswidriges Verhalten wird innerhalb kurzer Zeit abgestellt.

Unternehmen können infolge Kooperation mit den Behörden „billiger davonkommen“; in Bilanzen müssen gegenüber langjährig schwebenden Verfahren nicht jahrelang Rückstellungen für Geldbußen vorgesehen werden. Nicht zuletzt sprechen auch Imagegründe dafür, ist es doch dem Unternehmensruf nicht zuträglich, jahrelang im Zusammenhang mit schwebenden Wettbewerbsverfahren genannt zu werden.

Nachteile:

Die Behörde muss Zugeständnisse machen: Sie wird/kann nicht jeden Verstoß bis in das kleinste Detail verfolgen, für die betroffenen Unternehmen wird es „billiger“. Unternehmen müssen eine Abwägung treffen: Settlement-Verfahren und Kronzeugenverfahren können aus Unternehmenssicht „gefährlich“ sein (zB. Schadenersatzansprüche Geschädigter).

Ist ein Settlement-Verfahren geeignet, Kartellrechtsverstöße rigoros zu ahnden?

Settlement-Verfahren und „rigorose Ahndung“ schließen einander nicht grundsätzlich aus.

Die „Signalwirkung“ eines „echten“ Kartellverfahrens nach außen (auch mit entsprechend begründeter Entscheidung) ist aber wohl größer.

Jedenfalls ist ein Mindestmaß an Publizität zu fordern, wofür vielleicht die Kommissionspraxis Hilfestellung bieten könnte: Die EK, die auch bei Settlements der Begründungspflicht (Art 263 Abs 2 AEUV) unterliegt, fasst zwar im Settlement-Fall ihre Entscheidung etwas kürzer ab und legt nicht alle Fakten und Beweismittel offen, im EU-Amtsblatt wird jedoch eine Zusammenfassung veröffentlicht sowie auf der Website der EK eine nicht-vertrauliche Fassung der begründeten Entscheidung.

Entfaltet ein Settlement-Verfahren eine präventive Wirkung?

Auch hier ist zu sagen: Settlement-Verfahren und präventive Wirkung schließen einander nicht grundsätzlich aus, die „Signalwirkung“ eines „echten“ Kartellverfahrens nach außen ist aber wohl größer.

Halten sie es für sinnvoll, das Settlement-Verfahren explizit zu regeln bzw. in einer Art und Weise einzuschränken, damit es in der vorliegenden Form nicht zum kartellrechtlichen Regelverfahren wird?

Ja. Im Sinne eines „Regel-Ausnahme-Prinzips“ sollte das Settlement-Verfahren eher die Ausnahme denn die Regel darstellen.

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung:

3.1. Beweislastumkehr:

Ist die Beweislastumkehr ein angemessenes Mittel zur Wettbewerbskontrolle?

„Angefeuert“ von Theorien von Wissenschaftlern, die oftmals als Auftragnehmer für betroffene Unternehmen arbeiten, wurden die Anforderungen für Beweismittel für Marktmissbrauchsverfahren jedenfalls zwischen 1999 und 2010 deutlich angehoben. Oftmals ist ein „non liquet“ das wahrscheinlichste Ergebnis eines Gutachtens. In derartigen Fällen ist die Beweislastregelung entscheidend. Durch wohl durchdachte Beweislastregeln kann die Rechtssicherheit erhöht und der Verfahrensaufwand für beide Seiten deutlich reduziert werden.

Sofern sich eine Beweislastumkehr darüber hinaus innerhalb rechtsstaatlicher Grenzen hält: ja.

Reichen die bestehenden Mitwirkungspflichten des Informationsinhabers gemäß § 381 ZPO und die freie Beweiswürdigung des Richters aus?

§ 381 ZPO regelt die Würdigung der Aussageverweigerung und einer abweichenden eidlichen Aussage – insofern erschließt sich nicht wirklich, inwiefern damit die „Mitwirkungspflichten des Informationsinhabers“ intensiviert werden können. Allerdings ist auch die freie richterliche Beweiswürdigung kein „Allheilmittel“, als diese natürlich auch gewissen Grenzen unterliegt.

Frage 23: Ist eine Beweislastumkehr auf Märkten, die einer besonderen Kontrolle unterliegen, notwendig?

Wenn unter „besonderer Kontrolle“ im Wesentlichen regulierte Märkte verstanden werden: Nicht zwangsläufig, wie die praktische Erfahrung zeigt: So hat beispielsweise die E-Control-GmbH – soweit ersichtlich – die in § 5a KartG idF des Entwurfes eines KaWeRÄG 2012 vorgesehene Beweislastumkehr zwar begrüßt, diese für ihre praktische Arbeit aber offenbar nicht als unverzichtbar erachtet.

Sind Sie der Meinung, dass Erleichterungen in der Beweisführung in Missbrauchsverfahren für bestimmte Branchen/Märkte, die wettbewerblich als sensibel gelten, angemessen wären?

Grundsätzlich ja, die Schwierigkeit wird aber wohl im Detail stecken: Wer definiert anhand welcher Kriterien die „bestimmten Branchen/Märkte“

und warum diese als sensibel anzusehen sind? Wenn sich eine Branche / ein Markt einmal auf einer derartigen „schwarzen Liste“ befindet: Für wie lange? Wenn sich die Umstände ändern: Wie kommt die Branche / der Markt auch wieder runter?

Insgesamt wird das praktische Handling einer derartigen Bestimmung wohl nur schwer durchführbar sein.

3.2. Vermutungstatbestände:

Hat sich die österreichische Regelung – Vermutung der Einzel-Marktbeherrschung ab einem Marktanteil von 30% – bewährt oder sehen Sie einen analogen Anpassungsbedarf?

Ja, sie hat sich – vor allem als erster Test – sehr gut bewährt, nicht zuletzt auch im Vergleich mit dem EU-Recht und in Hinblick auf die gegenüber beispielsweise der EK und dem BKartA deutlich begrenzten Ressourcen.

Überdies ist davon auszugehen, dass Zusammenschlusswerber oftmals von vornherein einen etwas „größeren“ Markt definieren, der nicht immer überprüft werden kann. Vor diesem Hintergrund erscheinen 30 % Marktanteil ohnehin eher die Untergrenze zu sein.

In Grenzfällen (wie etwa einem nur knappen Überschreiten der Grenze in einem einzigen Geschäftsjahr etc.) versuchen die Amtsparteien diese Regelung ohnedies mit Augenmaß anzuwenden.

4. Fusionskontrolle

4.1. Neuer Fusionskontrolltest:

Halten Sie es auch in Österreich für sinnvoll und notwendig, dass materielle Prüfkriterium in der Zusammenschlusskontrolle zu ändern? Wo sehen Sie die Vor-, wo die Nachteile?

Eine Änderung der Kriterien für die Zusammenschlusskontrolle wäre im Ergebnis kontraproduktiv.

Begründung:

4.1.1. Die Tendenz in der jüngeren wettbewerbsökonomischen Literatur zeigt, dass der Trend zu komplexeren wettbewerbstheoretischen Modellen

bei der EK und den US-amerikanischen Behörden zu einer deutlich „ineffizienteren“ Zusammenschlusskontrolle:

“However, looking at the record of the more-economics merger control reveals a surprising picture. Prominent authors on both sides of the Atlantic bemoan severe enforcement problems in merger control. Competition authorities have been less successful than ever to challenge harmful mergers, symbolized in all-time lows in prohibition decisions and enforcement activities.[...]. At first sight, it looks as if the economic armament, instead of having sharpened the sword of merger control, has actually disarmed merger control, turning it into a paper tiger according to the insider opinion of practitioner⁸:

Budzinski verwirft auch die These, dass durch die Abschreckungswirkung eventuell zu untersagende Zusammenschlüsse gar nicht mehr angemeldet werden⁹.

4.1.2. Die Entwicklung der Zusammenschlussstatistik der EK scheint deren These zu bekräftigen: Nach Auswertung der Statistik der EK sank der Anteil der Zusammenschlussverfahren, die mit Untersagung bzw. Rücknahme in Phase II endeten, von 2,12 % in der Periode 1996 bis 2001 auf 0,61 % in der Periode 2002 bis 2012.

4.1.3. Auch die US-amerikanischen Ökonomen Baker/Shapiro¹⁰ argumentieren in ihrer Untersuchung über das amerikanische Fusionskontrollsystem, dass die Verbreitung des ökonomischen Ansatzes der

8] Budzinski, An Institutional Analysis of the Enforcement Problems in Merger Control, IME Working Paper 101/10, 8 ff mwN.

9] *Budzinski* argumentiert wie folgt (15ff):

- (i) Empirical ex post studies of mergers that caused antitrust concerns but eventually were not prevented by U.S. agencies demonstrate significant anticompetitive post merger effects. In the clear majority of the analysed so-called ‘marginal cases’ consumer welfare was eventually harmed. This represents convincing indication that U.S. merger control has become too lenient.
- (ii) Empirical ex post analyses of European merger control come to the conclusion that particularly prohibitions serve to effectively protect and sustain competition as well as effectively deter anticompetitive mergers in the future whereas mild remedies and (mutually negotiated) agreements perform significantly worse. This line of empirical research puts weight behind (the harmful effects of) the specifically radical drop in merger prohibitions.
- (iii) Furthermore, the co-existence of unchallenged mergers and subsequent ex post regulatory and abuse interventions because of observed anticompetitive structures and conducts as well as sector enquiries following considerable competition concerns in the very same industries cast doubt on the procompetitive interpretations of the drop in enforcement activity.
- (v) [...]It must be emphasized that the competition agencies in Europe and the U.S. actually tried to intervene against anticompetitive mergers – but failed to succeed in front of the courts[...].

10] *Baker/Shapiro*, Reinigorating Horizontal Merger Enforcement, in: *Pitofsky*, How the Chicago school overshot the mark – The effect of conservative economic analyses on U.S. Antitrust (2008), 252f.

„Chicago-School“ zu einem deutlichen Rückgang der Untersagungen – nicht zuletzt durch von den Wettbewerbsbehörden vor Gerichten „verlorene“ Verfahren – führte. So sei die Aufgriffswahrscheinlichkeit von Zusammenschlüssen von noch 2,3 % unter „Bush I“ (1990–1993) und von 2 % unter „Bush II“ (1994–1997) zu letztendlich 1,0 % unter „Bush II“ (2006 bis 2007, dem Datum der Untersuchung) gefallen.

4.1.4. Ein interessantes Ergebnis brachte auch die ökonomische Bewertung der 2004 erfolgten Reform der FKVO 11: Dabei wurden die wettbewerbslichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen „ex-post“ anhand von Änderungen der Börsenkurse des Zielunternehmens, des Erwerbers und der Wettbewerber im Markt erfasst¹²: Das – desillusionierende – Ergebnis dieser Untersuchung ist, dass während die Wahrscheinlichkeit vor der FKVO-Reform 2004 bei rund 52 % lag, dass ein wettbewerbschädlicher Zusammenschluss genehmigt werden würde, diese Wahrscheinlichkeit nach der Reform auf deutlich über 60 %¹³ stieg.

4.1.5. Diese Ineffizienz der Fusionskontroll-Mechanismen ist nach Budzinski¹⁴ ein Ergebnis von aufgrund wettbewerbsökonomischer Theorien immer höheren Ansprüchen an die Beweislast für Wettbewerbsverzerrungen, denen selbst die EK und die US-Wettbewerbsbehörden „nicht Herr werden“ können:

“These frictions at the institutional interface between the two systems (economic analysis vs. enforcement procedures) implicitly and self-reinforcing raised the standard of proof for anticompetitive effects. This can lead

11] *Duso/Gugler/Yurtoglu*, How effective is European merger control? *European Economic Review* 55 (2011), 980 ff (http://www.wu.ac.at/iqv/mitarbeiter/gugler/dgy_eer.pdf).

12] Bei einem wettbewerbsreduzierenden Zusammenschluss steigt der Wert des Zielunternehmens deutlich, der Wert der Wettbewerber ebenso, die Wertsteigerung des erwerbenden Unternehmens wird jedoch zu einem Großteil an die Eigentümer des Zielunternehmens gezahlt.

13] Die Ökonomen nahmen hierbei einen Schwellenwert von maximal 3 % an. Jedoch wurden tatsächlich weniger letztendlich wettbewerbsneutrale Zusammenschlüsse untersagt (Anm: weil auch insgesamt deutlich weniger Zusammenschlüsse untersagt wurden). Ein weiteres interessantes Ergebnis ist, dass, während bei Untersagungen diese „Zusammenschlussprämie“ zur Gänze verschwindet (bzw. der Erwerber aufgrund der Transaktionskosten sogar etwas schlechter gestellt ist), Auflagen in Phase II kaum eine Reduktion dieser Zusammenschlussprämie zur Folge haben; Auflagen sind dieser Untersuchung zufolge ungeeignet, den ursprünglichen Wettbewerb wieder herzustellen. Auch die unterschiedliche Gewichtung der Kriterien, die letztendlich eine Untersagung eines Zusammenschlusses bewirken, sind überraschend. So führt nach der Reform die Tatsache, dass es sich um einen konglomeraten Zusammenschluss oder es sich um nationale Märkte handle, zu einer signifikant höheren Untersagungswahrscheinlichkeit als vor der Reform. Hingegen führt nach der Reform die Tatsache, dass US-amerikanische Firmen involviert sind, es sich um einen „vollständigen Zusammenschluss“ handle, der Wert der Zusammenschlussunternehmen hoch ist und die Arbeitsbelastung der Kommission (Anmeldungen in der Vorperiode) zu signifikant weniger Untersagungen.

14] *Budzinski*, 10.

*to unattainable standards of proof, virtually eroding any merger control enforcement power and eventually making sophisticated economic theories and methods worthless for competition law proceedings involving predictions about future effects. As a consequence, the effects-based approach to merger control fails due to its failure to acknowledge its institutional implications.*¹⁵

Baker/Shapiro führen aus, dass – obwohl der strukturelle Ansatz in den meisten Fällen zu richtigen Resultaten führen würde – es der Spieltheorie zufolge einzelne Fälle gäbe, wo dies nicht zutreffen würde. Diese würden jedoch in der Realität kaum vorkommen¹⁶: Dennoch genüge nun in der US-amerikanischen Praxis die weitgehend unbelegte Behauptung von wettbewerbsrelevanten Markteintritten bzw. Expansionsstrategien und die zusammenschlussbedingter Effizienzen für eine Genehmigung des Zusammenschlusses¹⁷. Dabei werde grundlegend übersehen, dass der Zusammenschluss zu einer Änderung der Struktur des Marktes und – damit verbunden – zu den Spielregeln im Markt führen kann.

Budzinski entwickelt den Ansatz, dass die ökonomische Theorie in “widerlegbare Vermutungen” gegossen und gleichzeitig explizite Regelungen die Beweislage getroffen werden sollen; er schlägt beispielsweise unter anderem eine widerlegbare gesetzliche Vermutung vor, dass ein Zusammenschluss als wettbewerbshinderlich einzustufen wäre, wenn er entweder zu einem Monopol oder zu einem Marktanteil von X führt¹⁸.

Auch die neuen, 2010 erlassenen US-amerikanischen Guidelines für horizontale Zusammenschlüsse enthalten die klare, widerlegbare Annahme einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei einem HHI über 2.500 und einem Delta von mehr als 200:

*“Mergers resulting in highly concentrated markets that involve an increase in the HHI of more than 200 points will be presumed to be likely to enhance market power. The presumption may be rebutted by persuasive evidence showing that the merger is unlikely to enhance market power.”*¹⁹

15] Budzinski, 9.

16] Baker/Shapiro, 252 f: *“What has become of the structural presumption? The noninterventionist approach to merger control policy relies heavily on the proposition that little can be learned in general about the extent of rivalry and industrial performance from market concentration. A strong version of this proposition states that effective competition typically requires only three, or even two strong suppliers [...]. As a practical matter, the key question regarding market structure for merger control policy is whether much weight should be given to the structural presumption. The clear lesson from oligopoly theory is that market concentration matters [...]. By the nature of game theory there are special cases where concentration does not matter, but these examples are not robust. Yet there is the danger that these special cases will have greater impact than is warranted”.*

17] Baker/Shapiro, 253 ff.

18] Budzinski, 37: *“II. It is typically anticompetitive if a merger within a sound relevant market either establishes a monopoly or leads to a combined market share of the merging firms of more than σ .”*

19] U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (2010), 19.

4.1.6. Zwar mag der SIEC-Test auf den ersten Blick als der exaktere Zugang zur Marktbeherrschungproblematik erscheinen, in Wahrheit führt er aber eher zu zusätzlichen Problemen, hängt er doch vor allem von wettbewerbsökonomischen Modellen ab, die zutreffend sein können – oder auch nicht.

So bedeuten Verfahren nach dem SIEC-Test aufgrund der damit verbundenen Informationserfordernisse immer komplexere Datenanfragen. Diese Daten enthalten immer auch Geschäftsgeheimnisse und entziehen das Zusammenschlussverfahren somit einer effektiven Kontrolle. Gleichzeitig geben diese Verfahren den Zusammenschlusswerbern als „Daten-Besitzer“ die Möglichkeit, durch selektive Auswahl ihre Argumentationsketten zu unterstreichen, ohne dass für Gegenargumente (auf die es für die Wettbewerbsbehörden entscheidend ankommt) entsprechende Daten zur Verfügung gestellt würden.

Ein Wechsel zu einem anderen Test müsste, folgt man auch dem Ansatz der US-amerikanischen *Merger Guidelines* und den Thesen von *Budzinski*, jedenfalls mit zahlreichen starken gesetzlichen Vermutungen abgesichert sein.

Vor dem Hintergrund der Diskussion über die Einführung neuer Kriterien zur Untersagung von Zusammenschlüssen sollten zunächst (etwa durch ex-post-Analysen) die Effekte von Zusammenschlüssen insgesamt eingehender beleuchtet werden.

Sehr oft sind nämlich Zusammenschlussvorhaben nicht immer nur rein wirtschaftlich motiviert, sondern auch durch in Wahrheit sachfremde Beweggründe getragen.

Hinreichend bekannt sind überdies diverse Studien, wonach vier von fünf Zusammenschlüssen nicht die erwünschten Effekte erzielen, ja einzelne Zusammenschlüsse für die beteiligten Unternehmen sogar existenzgefährdend waren (DaimlerChrysler, GM/Saab, HP/Compaq). Dem gegenüber kann eine de-facto-Untersagung zu positiven wettbewerbsneutralen Ergebnissen führen.

4.1.7. Zusammenfassung:

Die Anhänger des SLC-Tests bzw. des europäischen SIEC-Tests gewinnen an Einfluss, ohne dass Vorteile deren Anwendung durch empirische Ergebnisse belegt werden könnten. Vielmehr führte jedenfalls in Europa die Einführung des SIEC-Test zu einer Erhöhung der Freigabewahrscheinlichkeit für letztendlich wettbewerbschädigende Zusammenschlüsse.

Da die Auswirkungen wettbewerbschädigender Zusammenschlüssen nachträglich kaum beseitigt werden können, sollte letztendlich die Zu-

sammenschlusskontrolle nicht ohne Notwendigkeit ausgehöhlt werden. Dem ungleich einfacher anzuwendenden Marktbeherrschungstest sollte daher weiterhin der klare Vorzug gegeben werden.

Dies liegt auch klar im Interesse der Rechtssicherheit: Diese wird durch einen immer dominierender werdenden ökonomischen Zugang mit immer komplexeren Modellen nicht zwangsläufig gesteigert.

4.2. Breiterer Fokus bei der Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise von Fusionen – sollen diesbezüglich klarstellende Regelungen in das Kartellgesetz aufgenommen werden?

Siehe dazu die eingehenden Ausführungen bereits oben unter 4.1.

Ergänzend ist dazu zu sagen, dass eine eindeutige gesetzliche Regelung von sukzessiven Aufkäufen und Bündeln von zeitgleichen Transaktionen als sinnvoll erachtet wird.

5. Wettbewerbsmonitoring

Bieten die rechtlichen Vorgaben eine hinreichende Basis für die Entwicklung eines leistungsfähigen wettbewerbspolitischen Instrumentes, welches aussagekräftige Ergebnisse liefern kann?

Der BKANw ist vom Themenkomplex Monitoring nicht unmittelbar betroffen, weshalb sich eine Stellungnahme dazu erübrigt.

Welche Branchen sollten schwerpunktmäßig in einem ersten Schritt erfasst werden, welche wettbewerbslichen Parameter sind zu erheben?

Der BKANw ist vom Themenkomplex Monitoring nicht unmittelbar betroffen, weshalb sich eine Stellungnahme dazu erübrigt.

6. Regulierungsbehörden

Welche Rolle sollen Ihrer Meinung nach die Regulierungsbehörden im Rahmen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht spielen?

Regulierungsbehörden verfügen über enormes Detailwissen über „ihre“ jeweiligen Branchen bzw. Märkte. Wenn eine „allgemeine“ Wettbewerbsbehörde mit einem in einem derartigen regulierten Markt angesiedelten

Fall befasst ist, wird sie jedenfalls – schon aus purem Eigeninteresse – gut beraten sein, sich dieses Wissen nutzbar zu machen.

Eine möglichst enge Kooperation sollte aber auch im Interesse der Regulierungsbehörde selbst liegen, um ihre jeweilige „policy“ auch in den allgemeinen Wettbewerbsvollzug einfließen zu lassen.

Ein gemeinsames Vorgehen würde wohl auch im Interesse betroffener Unternehmen sein. Gerade in dieser Hinsicht würde es wohl keinen Sinn machen, würde sich eine Regulierungsbehörde als weitere allgemeine Wettbewerbsbehörde sehen, die unabhängig von einer der beiden Amtsparteien agiert.

Wie werden die neuen Kompetenzen (z.B. Hausdurchsuchung nach E-ControlG; Geldbußen nach EIWOG und GWG; Abschöpfung der Bereicherung nach TKG und PMG) genutzt, wie werden diese bewertet?
Soweit der Informationsstand reicht: Sehr, sehr zurückhaltend.

Wie sehen Sie gegenwärtig das Zusammenspiel der Regulierungsbehörden mit den allgemeinen Wettbewerbsbehörden; wie sehen Sie den Grundsatz der wechselseitigen Bedachtnahme in der Entwicklung seit 2010?

Teilweise hervorragend, teilweise ausbaufähig – es hängt meist von den handelnden Personen ab.

Kooperation und Informationsaustausch zwischen der BWB und den Regulierungsbehörden ist nur teilweise formalisiert; wie sehen sie das Verhältnis BWB – Regulierungsbehörden?

Seitens des BKAnw kann dazu keine Stellungnahme abgegeben werden.

Wie bewerten Sie Aufbau und Struktur des Verfahrens der Auftragsvorprüfung gem. § 6a ORF-G („Public Value Test“) insbesondere mit Blick auf die Gesichtspunkte Behördenzusammenarbeit (zwischen BWB und KommAustria), Verfahrensökonomie und durchschnittliche Verfahrensdauer? Sehen Sie angesichts der grundlegenden Ausrichtung des Verfahrens Möglichkeiten der Verfahrensvereinfachung und/oder -beschleunigung?

Der BKAnw ist von diesem Themenkomplex nicht unmittelbar betroffen, weshalb sich eine Stellungnahme dazu erübrigt.

7. Ausblick und Erwartungen

Wo soll der wettbewerbsrechtliche Fokus/Schwerpunkt der weiteren Entwicklung Ihrer Meinung nach liegen?

Nachdem der Schwerpunkt der letzten Jahre im Bereich der „1. Säule“ (Kartellbekämpfung) gelegen ist, sollte auch ein Augenmerk auf die „2. Säule“ (Marktmachtmissbrauch) geworfen werden. Dabei wird nicht verkannt, dass dies aus wettbewerbsbehördlicher Sicht ein ganz besonders ressourcenaufwendiger Bereich ist – die Nachweisführung bei derartigen Verstößen ist mühsam. Allerdings könnten hier durchaus auch Erkenntnisse aus dem Wettbewerbsmonitoring nutzbar gemacht werden.

Im Übrigen im Aufgreifen mancher von der Wettbewerbskommission ohnedies bereits thematisierter Themenbereiche.

Wo sind die wichtigsten Handlungsfelder für den Gesetzgeber und für jene Einrichtungen, die das Wettbewerbsrecht und die Wettbewerbspolitik in Österreich tragen?

Vordringlich wäre, den österreichischen Wettbewerbsbehörden zumindest jene Mittel an die Hand zu geben, wie sie im europäischen Durchschnitt üblich sind.

A5. Stellungnahme E-Control

März 2013

Aufgrund der Rolle der E-Control als Regulierungsbehörde wird im Folgenden im Wesentlichen auf jene Fragen eingegangen, die sich mit den Energiemärkten bzw. den Regulierungsbehörden auseinandersetzen:

Wettbewerbsentwicklung der Energiemärkte

Seit 2009 führt die Wirtschafts- und Finanzmarktentwicklung zu einer stagnierenden Nachfrageentwicklung. Zusätzlich haben die niedrigen Kohlepreise angebotsseitig die Großhandelspreise für elektrische Energie sinken lassen. Gas ist in Europa zu unterschiedlichen Konditionen zu beziehen. Langfristverträge mit traditionellen Exporteuren (Gazprom und Statoil) sind an Ölpreise gebunden und deshalb relativ teuer, LNG Mengen beziehen sich hingegen vermehrt auf britische Spotpreise.

Für die üblichen Großhandelsprodukte im Strombereich zeigt sich relativ liquider Handel, in Sondermärkten (Regelenergie und Ausgleichsenergie) ist dies allerdings anders. Hier sind die Märkte sehr eng und bestehen angebotsseitig nur aus wenigen Marktteilnehmern.

Auf den Endkundenmärkten sind diese Preisreduktionen nur teilweise angekommen, sodass sich gegenüber den Jahren zuvor eine wesentliche Margensteigerung ergeben haben dürfte. Problematisch ist hier, dass insbesondere auf den Märkten für Kleinkunden (Haushalte und Kleingewerbe) kaum ein Markteintritt zu verzeichnen ist, außer zuletzt einige neue deutsche Marktteilnehmer im Gasbereich ab dem Jahr 2012.

Nach wie vor gibt es auf den Energiemärkten Wechselhindernisse, die jedoch durch den Erlass der Wechselverordnung der E-Control sowie (zu erlassende) gesetzliche Maßnahmen (Onlinewechsel beseitigt werden sollten. Mit dem 3. Energiebinnenmarktpakets greifen nun auch strengere Entflechtungsregelungen, sowohl auf der Ebene der Übertragungsnetze bzw. Fernleitungen, als auch der Verteilernetze. Die grundsätzliche Struktur der Österreichischen Energiewirtschaft mit ihren Kreuzbeteiligungen hat sich freilich auch nach diesen Unbundlingvorgaben nicht geändert. Sie ist jedoch eine der Hauptursachen für den nach wie vor minder entwickelten Wettbewerb in Österreich.

Rollenverteilung und Kooperation

Allgemeine Wettbewerbsbehörden und Regulierungsbehörden haben aufgrund unionsrechtlicher sowie innerstaatlicher Vorgaben zu kooperieren. Dies ist konsequent, schließlich haben beide die Aufgabe, für wettbewerbsorientierte Rahmenbedingungen Sorge zu tragen. Im Detail können sich dabei die Zielsetzungen voneinander unterscheiden; insbesondere bei den Regulierungsbehörden kommen neben der Gewährleistung wettbewerbsorientierter Märkte noch weitere Ziele hinzu, wie etwa für den Energiebereich die Gewährleistung der Versorgungssicherheit oder die Versorgung mit elektrischer Energie aus erneuerbaren Ressourcen.

Die Rolle der Regulierungsbehörden im Rahmen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht kann insbesondere vor allem darin bestehen, die allgemeinen Wettbewerbsbehörden mit ihrem spezifischen Know-how in den jeweils abgedeckten Märkten zu unterstützen. In der Praxis werden etwa die Fusionskontrollanmeldungen seitens der BWB und/oder des Bundeskartellanwalts an die E-Control mit dem Ersuchen um Stellungnahme übermittelt. Somit fließt die Ansicht der Regulierungsbehörde bei beiden allgemeinen Wettbewerbsbehörden ein. Hinzu kommen anlassbezogene Erörterungen, etwa in Belangen, mit denen eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise vermutet wird und es als zweckmäßig erscheint, mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts tätig zu werden. Ein Beispiel für eine enge und durchaus erfolgreiche Kooperation zwischen allgemeinen Wettbewerbsbehörden und Regulierungsbehörden sind die Marktuntersuchungen, die für die Elektrizitäts- und Erdgasmärkte in den Jahren 2005 bzw. 2006 durchgeführt wurde. Die EControl hat dabei einen maßgeblichen Beitrag an der Erhebung und Aufbereitung der notwendigen Daten geleistet und ihr Know-how bei der Erstellung der Berichte zur Verfügung gestellt.

Schließlich ist auf das Antragsrecht der Regulatoren nach dem Kartellgesetz hinzuweisen. Die E-Control hat im Jahr 2012 drei Anträge beim Kartellgericht auf Abstellung bzw. Feststellung kartellrechtswidriger Verhaltensweisen eingebracht (die Verfahren sind noch anhängig). Dabei wurden vorab die allgemeinen Wettbewerbsbehörden kontaktiert.

Was das gegenwärtige Zusammenspiel der Regulierungsbehörden mit den allgemeinen Wettbewerbsbehörden sowie die Kooperation und den Informationsaustausch betrifft, so gibt es nach wie vor kein formalisiertes Prozedere. Eine über die gesetzlichen Vorgaben zur Kooperation hinausgehende rechtliche Grundlage, die etwa einen formalisierten Informationsaustausch vorsieht, ist angesichts der verschiedensten Anlässe, die eine Kooperation zwischen den Behörden als zweckmäßig erscheinen lassen, nicht geboten.

Vielmehr kann eine kurzfristige (meist telefonische) Abstimmung sehr zweckmäßig und im Sinne des jeweiligen behördlichen Auftrags sein. Eine tiefergehende Formalisierung des Verfahrens zur Zusammenarbeit vermag diese Ebene informellen Informationsaustausches nicht zu ersetzen.

Generell kann festgehalten werden, dass sich an der Kooperation mit den allgemeinen Wettbewerbsbehörden seit dem Jahr 2010, und dabei insbesondere an der ausgezeichneten Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellanwalt, nichts geändert hat.

Neue Kompetenzen im EIWOG und GWG

Was die konkrete Frage nach den Erfahrungen mit den neuen Kompetenzen nach dem EIWOG und GWG betrifft, so kann mitgeteilt werden, dass es dafür noch keine Anwendungsfälle gegeben hat. Dies liegt u.a. daran, dass es sich dabei um Zuständigkeiten handelt, die auf sehr spezifische Fallkonstellationen und Entflechtungsmodelle (unabhängiger Übertragungsnetzbetreiber) zugeschnitten sind. Die Übertragungsnetzbetreiber bzw. Fernleitungsnetzbetreiber unterliegen einer strengen laufenden Regulierung, bei der die erwähnten neuen Zuständigkeiten als ultima ratio anzusehen sind; bis jetzt hat es noch keinen Anlass gegeben, sich auf diese Kompetenzen zu stützen.

Monitoring

Was das Wettbewerbsmonitoring betrifft, so bieten sich hier aufgrund der neuen Zuständigkeiten der E-Control (und im Übrigen auch der Europäischen Regulierungsagentur ACER) neue Felder einer Zusammenarbeit mit den allgemeinen Wettbewerbsbehörden. Im Besonderen darf auch darauf verwiesen werden, dass die E-Control seit geraumer Zeit mit der Finanzmarktaufsicht eng kooperiert. Die VO 1227/2011/EU (REMIT) bietet die Grundlage für ein umfangreiches Marktmonitoring. Ergebnisse dieses Monitorings können in weiterer Folge zu kartellrechtlichen Verfahren führen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die E-Control aufgrund gesetzlicher Vorgaben einen Spritpreisvergleich vorzunehmen hat und online zur Verfügung zu stellen hat. Die dabei gesammelten Daten werden wiederum der Bundeswettbewerbsbehörde zur Verfügung gestellt, um etwaiges wettbewerbswidriges Verhalten erkennen und dagegen Schritte unternehmen zu können.

Beweislastumkehr

Denkbar wären anstelle einer Beweislastumkehr (als ultima ratio für bestimmte Konstellationen) „Interpretationshilfen“ für Sektoren mit wenig Innovationspotential; um bei der Energiewirtschaft zu bleiben, etwa beim Kleinkundenvertrieb für Strom und Gas. Eine derartige Interpretationshilfe wäre insbesondere für die Frage des Preismissbrauchs wichtig, da andernfalls ein Beweis eines missbräuchlichen Preises immer an der generell richtigen, aber im konkreten Fall zu restriktiven gerichtlichen Praxis scheitert, eher zugunsten der Anbieter und möglicher innovationshemmender Effekte einer Beschränkung zulässiger Gewinne zu entscheiden. Konkret wäre zu überlegen, eine Benchmark-Methode zu definieren, die unter Einbeziehung realer Geschäftsrisiken längerfristige Umsatzmargen mit anderen kompetitiven Industrien vergleicht.

Damit ist auch die Frage beantwortet, ob eine Beweislastumkehr für andere allgemeine Versorgungsleistungen adäquat ist: Einzubeziehen ist die Innovationsintensität der Branche. Nur bei Branchen mit geringer Innovationskraft sollte ein derartiges Instrument erwogen werden.

A6. Stellungnahme A1 Telekom Austria AG

März bzw. April 2013

1. Allgemeine Fragen:

1.1. Hat sich Ihrer Meinung nach seit der Studie 2009/2010 die Wettbewerbssituation in Österreich verändert? Welche wettbewerbspolitischen Entwicklungen hat es seitdem gegeben? Welche Entwicklungen beurteilen Sie positiv, welche negativ?

Die weltweite Finanzkrise hat sich in den letzten Jahren verschärft. Die daraus resultierende Wirtschaftskrise betrifft sowohl Unternehmen als auch Verbraucher. Die Globalisierung der Märkte führt gleichzeitig zu mehr Wettbewerb in allen Bereichen des Wirtschaftslebens.

Die Wettbewerbspolitik muss sich daher der Herausforderung stellen, die Rolle des Wettbewerbsrechts angesichts dieser Realität laufend zu hinterfragen und entsprechend anzupassen. Dies vor dem Hintergrund, dass Wettbewerbspolitik als ein Instrument zu verstehen ist, um die Marktwirtschaft zu stärken und ihre Effizienz zu verbessern, dabei jedoch zu berücksichtigen ist, dass Wettbewerbspolitik Verbrauchern und Unternehmen gleichermaßen dienen soll (vgl. Joaquin Almunia, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2009). Gerade für investitionsintensive Industrien, wie den Telekom-Sektor, gilt, dass die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Sachverhalten diesen Prinzipien folgen sollte und jedenfalls auch mittel- und langfristige Entwicklungen zu berücksichtigen sind. Tut man dies, wird offensichtlich, dass – anders als teilweise im Rahmen der Beurteilung von Einzelfällen in der Vergangenheit behauptet sich Verbraucherinteressen und Unternehmerinteressen decken

1.2. Wie beurteilen Sie die Änderungen des Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetzes 2012 (BGBl I 13/2013) aus heutiger Sicht?

Angesichts der Ressourcenausstattung der Amtsparteien ist die Beibehaltung der Gewaltentrennung zwischen dem Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht als entscheidende Behörde und den Amtsparteien als Aufgriffs- und Ermittlungsbehörden prinzipiell zu begrüßen.

Darüber hinaus kann derzeit noch keine Einschätzung zu einzelnen neuen Bestimmungen abgegeben werden.

1.3. Welche sind die wesentlichsten Merkmale der gegenwärtigen Vollzugspraxis in Österreich? Welche Auswirkungen auf die Realwirtschaft hat diese Vollzugspraxis? Gibt es Vollzugs- bzw. Transparenzdefizite?

Die Settlementverfahren spielen eine wichtige Rolle, die von der Wirtschaft anerkannt ist, und daher auch im Gesetz als ein legitimes Instrument verankert werden sollten. Siehe dazu auch die Antwort auf Frage 2.1.12.

1.4. Welche sind aus Ihrer Sicht die derzeit bestimmenden wettbewerbspolitischen Themen in Österreich?

Siehe Antwort zu Frage 1.1.

2. Allgemeine Verfahrensfragen:

2.1. Verfahren vor der BWB:

2.1.1. Sind aus Ihrer Sicht zusätzliche Rechtsschutzinstrumente im kartell- bzw. wettbewerbsrechtlichen Vorverfahren notwendig? Wenn ja, welche?

Aufgrund der Tatsache, dass das Ermittlungsverfahren vor der BWB über die Antragstellung beim Kartellgericht zu Geldbußen, und damit zu gravierenden Sanktionen für Unternehmen führen kann, ist die Einführung eines Akteneinsichtsrechts für von Ermittlungshandlungen betroffenen Unternehmen (nicht jedoch Dritter) unabdingbar. Der Umstand, dass dem betroffenen Unternehmen praktisch keine Rechte während des Ermittlungsverfahrens zukommt, ist speziell vor dem Hintergrund bedenklich, dass die BWB im Rahmen des unten behandelten „Settlement Verfahrens“ de facto Entscheidungsbefugnis erlangt. Damit muss jedoch auch die ausreichende Gewährung von Verteidigungsrechten (insbesondere Akteneinsicht) für betroffene Unternehmen einhergehen.

2.1.2. Sind Sie der Auffassung, dass die Informationsbekanntgabe der BWB einem europäischen Standard entspricht?

Dazu ist prinzipiell anzumerken, dass sich die gesetzlich zgedachten Aufgaben der BWB von jenen der Europäischen Kommission oder anderer nationaler Wettbewerbsbehörden wesentlich unterscheiden. Während die BWB auch nach dem KaWeRÄG 2012 eine Ermittlungsbehörde bleibt, kommt etwa der Europäischen Kommission eine Entscheidungsfunktion zu.

Aus diesem Grund ist keine direkte Vergleichbarkeit der Informationsbekanntgabe gegeben.

Die BWB hat jedenfalls die ihr durch Gesetz vorgegebenen Veröffentlichungspflichten zu erfüllen. Darüber hinaus wäre aus Rechtssi-

cherheitserwägungen die Veröffentlichung von Leitlinien – aufgrund des Österreichischen Systems der Amtsparteien wohl in Abstimmung mit dem Bundeskartellanwalt zu klärungsbedürftigen Fragen wünschenswert, mit denen Unternehmen I die BWB häufig konfrontiert sind. Diesbezüglich könnten seitens der BWB größere Anstrengungen unternommen werden.

Kritisch ist jedoch aus Unternehmenssicht eine in der Vergangenheit praktizierte fallbezogene Information der Öffentlichkeit während laufender Verfahren durch die BWB (insbesondere in Bezug auf Hausdurchsuchungen, Zusammenschlussverfahren, Kartellverfahren, etc.) zu sehen. Derartige Veröffentlichungen entsprechen weder (trotz Entscheidungsbefugnis) der Praxis der Europäischen Kommission noch jener der strafrechtlichen Ermittlungsbehörden in Österreich und sind insbesondere in Bezug auf börsennotierte Gesellschaften kritisch zu sehen.

2.1.3. Wie zeitnah und umfänglich sollte über konkrete Verfahren und Entscheidungen informiert werden?

Siehe Antwort zu Frage 2.1.2.

2.1.4. Wird Ihrer Ansicht nach § 37 KartG eine Verbesserung hinsichtlich der Transparenz bringen?

Die Transparenz wird durch diese Maßnahme sicherlich erhöht, wobei naturgemäß jede Maßnahme, die Dritten die Anstrengung von Schadenersatzforderungen erleichtert, die Effektivität des Kronzeugenprogramms und eines „Settlement Verfahrens“ untergräbt. In der Praxis wird darauf Bedacht zu nehmen sein, dass Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen gewahrt bleiben.

2.1.5. Wäre es aus Ihrer Sicht zweckmäßig, wenn die BWB, ähnlich der EU- Kommission, Leitlinien in verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Problembereichen veröffentlichen würden, die Unternehmen und die interessierte Öffentlichkeit größere Rechtssicherheit über das mögliche künftige Behördenhandeln bringen könnte?

Wie erwähnt wäre dies begrüßenswert. Dabei sollten im Vorfeld Unternehmen als Normunterworfenen und deren beratende Rechtsanwälte im Rahmen von Konsultationsprozessen eingebunden werden.

2.3. Verfahren bei Hausdurchsuchungen:

2.3.1. Wie wird sich Ihrer Meinung nach die Neuregelung nach dem KaWeRÄG 2012 in der Praxis auswirken, welche Maßnahmen sind be-

gleitend zu setzen, um auch die berechtigten Interessen der Beteiligten (Unternehmen, MitarbeiterInnen) zu wahren?

Bedauerlicherweise erfolgte im KaWeRÄG 2012 nicht die lang geforderte Klarstellung, dass auch nach nationalem Recht die Kommunikation zwischen Unternehmen und Rechtsanwälten („Anwaltsprivileg“) vor Einsichtnahme durch die Wettbewerbsbehörde geschützt ist. Trotz überzeugender Gründe und entsprechender Literaturmeinungen für die Existenz des Anwaltsprivilegs wurde in der Vergangenheit von der BWB vertreten, dass dem Anwaltsprivileg in rein nationalen Verfahren (etwa Hausdurchsuchungen) keine Geltung zukommt. Eine solche Rechtsansicht löst in internationalen Fachdiskussionen regelmäßig Erstaunen aus und schadet dem Österreichischen Wirtschaftsstandort. Darüber hinaus ist ein solches Rechtsschutzdefizit im Vergleich zum EU Kartellverfahren nicht gerechtfertigt.

Eine entsprechende Klarstellung sollte daher so rasch als möglich erfolgen.

Darüber hinaus entstand in der Vergangenheit der Eindruck, dass die reine Anzahl von Hausdurchsuchungen als „Leistungsnachweis“ der BWB propagiert wurde. Wie erwähnt ist diesbezüglich jede Veröffentlichung im Rahmen aktueller Verfahren kritisch zu sehen und abzulehnen. Insbesondere ist damit eine Vorverurteilung verbunden, die es zu vermeiden gilt. Vielmehr gilt es – angesichts der in letzter Zeit öffentlich geführten Diskussion zum Ablauf von Hausdurchsuchungen – seitens der BWB an der effizienten Durchführung von Hausdurchsuchungen zu arbeiten, um den massiven Eingriff in die Rechtsposition betroffener Unternehmen, welcher mit einer Hausdurchsuchung verbunden ist, auf das absolut Notwendige zu beschränken.

2.4. Rechtskontrolle für den Kronzeugenstatus:

2.4.1. Wie bewerten Sie die gegenwärtige Ausgestaltung der nationalen Kronzeugenregelung in der Änderung durch das KaWeRÄG 2012? Sehen Sie hier Verbesserungsbedarf auch in Hinblick auf die Kohärenz mit anderen Strafrechtsbereichen nach Einführung des § 209b StPO?

Die Effektivität und damit der Erfolg der nunmehr novellierten Kronzeugenregelung steht und fällt mit der Einschätzbarkeit für potentielle Kronzeugen. Wir gehen davon aus, dass die BWB ein neues Kronzeugenhandbuch veröffentlichen wird, welches auf die in der Fragestellung genannten Themen eingeht. Darüber hinaus bedingt die notwendige Abstimmung des kartellrechtlichen mit dem strafrechtlichen Kronzeugenprogramm jedoch die gemeinsame Regelung der Schnittstellen durch die

involvierten Behörden (BWB, Bundeskartellanwalt, Staatsanwaltschaft). Eine solche Abstimmung sollte daher angeregt werden.

2.5. Geldbußenverfahren:

2.5.1. Sehen Sie weiteren Handlungsbedarf in Hinblick auf die rechtsstaatliche Ausgestaltung des diesbezüglichen Verfahrensrechtes?

Wir sehen diesbezüglich Handlungs-/Diskussionsbedarf hinsichtlich der folgenden Punkte:

OGH als Tatsacheninstanz: das Fehlen einer Tatsacheninstanz in zu gravierenden Sanktionen führenden Kartellgeldbußenverfahren bleibt auch nach dem KaWeRÄG 2012 ein ungelöstes Rechtsschutzdefizit und sollte daher jedenfalls für Geldbußenverfahren gesetzlich gelöst werden. In der diesbezüglich im Vorfeld zu führenden Diskussion hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung eines Instanzenzugs ist jedenfalls zu beachten, dass die bestehenden Fristen in Zusammenschlussverfahren (auch hinsichtlich des Rekursverfahrens) nicht wesentlich verlängert werden können, um nicht Gefahr zu laufen, das Erfordernis der Raschheit eines Zusammenschlussverfahrens zu konterkarieren.

Fehlen von Tilgungsfristen: Nach § 30 Abs. 2 Z 1 KartG idF KaWeRÄG 2012 ist es ein Erschwerungsgrund, wenn das Kartellgericht gegen das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung schon wegen einer gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung eine Geldbuße verhängt oder eine solche Zuwiderhandlung festgestellt hat. Damit wird jeder Verstoß gegen das KartG gleichsam „aufewig“ zu einem Erschwerungsgrund. Dies ist nicht sachgerecht. Sowohl im gerichtlichen Strafverfahren als auch im Verwaltungsstrafverfahren gibt es Tilgungsfristen, nach denen eine Vorstrafe nicht mehr für die Strafbemessung heranzuziehen ist. Es wird daher angeregt, auch vorliegend eine Tilgungsfrist – etwa von fünf Jahren – vorzusehen.

2.6. Settlement-Verfahren:

2.6.1. Das KaWeRÄG 2012 hat keine wesentlichen Änderungen betreffend die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Geldbußenverfahrens gebracht. Sollte Ihrer Meinung nach hier nachgebessert werden, wenn ja, welche Maßnahmen könnten dazu beitragen, das Geldbußenverfahren transparenter zu gestalten?

Das Modell eines „Settlement“ Verfahrens (etwa nach dem Modell der EU Kommission) hat vor dem Hintergrund einer Ressourcenschonung bzw. besseren Ressourcenallokation sowohl für betroffene Unternehmen als auch Wettbewerbsbehörden seine Berechtigung. Entscheidend ist jedoch, dass ein derartiges Verfahren rechtlich geregelt ist und damit die gesetzlichen Schranken klar determiniert sind sowie das Rechtsschutzniveau für die betroffenen Unternehmen demjenigen in „normalen“ Geldbußenverfahren gleicht.

Dies ist aktuell nicht der Fall.

Im Rahmen der Ausgestaltung eines solchen „Settlement Verfahrens“ ist auf die Besonderheiten des Österreichischen Verfahrensrechts (Gewaltentrennung zwischen ermittelnder und entscheidender Behörde, anzuwendendes Verfahrensrecht, etc.) Bedacht zu nehmen. Ein „Kopieren“ des europäischen Modells ist daher nicht möglich.

2.6.2. Welche Vor- und Nachteile sehen Sie bei einvernehmlichen Verfahrensvereinbarungen zwischen den antragstellenden Behörden und betroffenen Unternehmen?

Siehe Antwort zu Frage 2.6.1.

2.6.3. Ist ein Settlement-Verfahren geeignet, Kartellrechtsverstöße rigoros zu ahnden?

Ein Settlement-Verfahren, welches die oben genannten Anforderungen erfüllt, trägt jedenfalls zur schnelleren Abstellung und Ahnung potentieller Kartellverstöße bei und hat damit auch eine präventive Wirkung.

2.6.4. Entfaltet ein Settlement-Verfahren eine präventive Wirkung?

Siehe Antwort zu Frage 2.6.1.

2.6.5. Halten Sie es für sinnvoll, das Settlement-Verfahren explizit zu regeln bzw. in einer Art und Weise einzuschränken, damit es in der vorliegenden Form nicht zum kartellrechtlichen Regelverfahren wird?

Siehe Antwort zu Frage 2.6.1.

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung:

3.1. Beweislastumkehr:

3.1.1. Ist die Beweislastumkehr ein angemessenes Mittel zur Wettbewerbskontrolle?

Die in der ursprünglichen Regierungsvorlage zum KaWeRÄG 2012 hinsichtlich marktbeherrschender Energieversorgungsunternehmen enthaltene Sonderbestimmung, insbesondere die darin vorgesehene Beweislastumkehr, wurde zu Recht gestrichen. Dies aus folgenden Gründen:

Vorab ist daran zu erinnern, dass wirtschaftliche Probleme grundsätzlich besser durch den Markt und die in ihm stattfindenden Wettbewerbsprozesse gelöst werden als durch politisch induzierte regulative Steuerungsmechanismen. Jeder externe Regulierungseingriff ist daher a priori als ein Fremdkörper zu qualifizieren, der eine effiziente Ressourcenallokation gefährdet. Wie bereits in der Vergangenheit von verschiedensten Kommentatoren kritisiert, käme es durch die ursprünglich vorgeschlagene Regelung zu einer „versteckten Preisregulierung“, welche im Ergebnis sogar wettbewerbshemmend wirken würde.

Es darf nicht übersehen werden, dass die im deutschen Kartellrecht enthaltene „Vorbildsnorm“ (§ 29 GWB) vor ihrer Einführung und im Zusammenhang mit der kürzlich beschlossenen Verlängerung der befristeten Bestimmung scharf kritisiert wurde, insbesondere zuletzt durch die deutsche Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 63 zur 8. GWB-Novelle. Der darin geäußerten scharfen Kritik ist zuzustimmen. Herauszugreifen sind insbesondere folgende Kritikpunkte:

Die Monopolkommission legt ausführlich dar, dass eine solche Regelung keine wettbewerbsfördernde sondern eine wettbewerbshemmende Wirkung hat. Durch eine solche Regelung, so die Monopolkommission (Sondergutachten, Rz 98), würde versucht, wettbewerbskonforme Preise im entsprechenden Markt durch die Anwendung von Kartellrecht vorwegzunehmen. Die Monopolkommission weiter: „Die Preise der Altanbieter werden durch das kartellrechtliche Vorgehen auf ein für potenzielle Wettbewerber kaum abzuschätzendes Niveau gesenkt. In der Folge besteht für die Kunden des Altanbieters ein geringerer Anreiz, zu einem bereits in den Markt eingetretenen Neuling zu wechseln, da nur der Altanbieter über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, von der Vorschrift erfasst wird und somit lediglich seine Kunden im Falle eines Eingriffs der Kartellbehörden eine Rückerstattung erhalten. Zudem werden durch die Vorschrift Anbieter abgeschreckt, in den

Markt einzutreten. Denn zum einen wird die Drohung, auf einen Markteintritt von Neulingen mit Preissenkungen zu reagieren, glaubwürdiger, da eine Preissenkung durch den Neuling nun möglicherweise auch aus kartellrechtlichen Gründen vom Altanbieter nachvollzogen werden muss. Zum anderen reduziert ein erfolgter kartellrechtlicher Eingriff in die Preisgestaltung der Altanbieter unmittelbar die Renditechancen für Neulinge. Im Ergebnis wird echter und wirksamer Wettbewerb durch die Reduzierung von Markteintritten und die Schwächung des Wechselverhaltens gebremst.“

Die Monopolkommission kritisiert jedoch nicht nur die Wirkungen einer speziellen Preismissbrauchsaufsicht, sondern bringt auch grundsätzliche Bedenken vor, ob sich das allgemeine Kartellrecht für die Durchführung einer eigenen sektorspezifischen Preismissbrauchsaufsicht eignet. Diesbezüglich verweist sie in den Rz 101 ff ihres Sondergutachtens darauf, dass angesichts der Erfahrung in verschiedensten Kommentatoren kritisiert, käme es durch die ursprünglich vorgeschlagene Regelung zu einer „versteckten Preisregulierung“, welche im Ergebnis sogar wettbewerbshemmend wirken würde.

Es darf nicht übersehen werden, dass die im deutschen Kartellrecht enthaltene „Vorbildsnorm“ (§ 29 GWB) vor ihrer Einführung und im Zusammenhang mit der kürzlich beschlossenen Verlängerung der befristeten Bestimmung scharf kritisiert wurde, insbesondere zuletzt durch die deutsche Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 63 zur 8. GWB- Novelle. Der darin geäußerten scharfen Kritik ist zuzustimmen. Herauszugreifen sind insbesondere folgende Kritikpunkte:

Die Monopolkommission legt ausführlich dar, dass eine solche Regelung keine wettbewerbsfördernde sondern eine wettbewerbshemmende Wirkung hat. Durch eine solche Regelung, so die Monopolkommission (Sondergutachten, Rz 98), würde versucht, wettbewerbskonforme Preise im entsprechenden Markt durch die Anwendung von Kartellrecht vorwegzunehmen. Die Monopolkommission weiter: „Die Preise der Altanbieter werden durch das kartellrechtliche Vorgehen auf ein für potenzielle Wettbewerber kaum abzuschätzendes Niveau gesenkt. In der Folge besteht für die Kunden des Altanbieters ein geringerer Anreiz, zu einem bereits in den Markt eingetretenen Neuling zu wechseln, da nur der Altanbieter über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, von der Vorschrift erfasst wird und somit lediglich seine Kunden im Falle eines Eingriffs der Kartellbehörden eine Rückerstattung erhalten. Zudem werden durch die Vorschrift Anbieter abgeschreckt, in den Markt einzutreten. Denn zum einen wird die Drohung, auf einen Markteintritt von Neulingen mit Preissenkungen zu reagieren, glaubwürdiger, da eine Preissenkung durch den Neuling nun möglicherweise

auch aus kartellrechtlichen Gründen vom Altanbieter nachvollzogen werden muss. Zum anderen reduziert ein erfolgter kartellrechtlicher Eingriff in die Preisgestaltung der Altanbieter unmittelbar die Renditechancen für Neulinge. Im Ergebnis wird echter und wirksamer Wettbewerb durch die Reduzierung von Markteintritten und die Schwächung des Wechselverhaltens gebremst.“

Die Monopolkommission kritisiert jedoch nicht nur die Wirkungen einer speziellen Preismissbrauchsaufsicht, sondern bringt auch grundsätzliche Bedenken vor, ob sich das allgemeine Kartellrecht für die Durchführung einer eigenen sektorspezifischen Preismissbrauchsaufsicht eignet. Diesbezüglich verweist sie in den Rz 101 ff ihres Sondergutachtens darauf, dass angesichts der Erfahrung in der Anwendung dieser Norm in Deutschland erhebliche praktische Durchführungsschwierigkeiten auftraten und eine derartige „Preisregulierung“ nicht im Rahmen eines Kartellverfahrens durchgeführt werden sollte.

Neben diesen Kritikpunkten, die sich aus praktischen Erfahrungen ergeben, ist zu betonen, dass eine Beweislastumkehr oder eine Erleichterung der Beweisführung in Missbrauchsverfahren für bestimmte Branchen/Märkte, die als sensibel gelten, auch aus verfassungsrechtlicher Sicht sehr kritisch zu sehen ist: Nach Art 6 Abs. 2 EMRK ist bis zum gesetzlichen Nachweis einer Schuld zu vermuten, dass ein wegen einer strafbaren Handlung Angeklagter unschuldig ist. Diese Bestimmung ist unzweifelhaft auf das zu gravierenden Sanktionen führende Kartellgeldbußenverfahren (in dem ja ein Zuwiderhandeln gegen gesetzliche Vorschriften sanktioniert wird) anzuwenden. Ferner ist nach der Judikatur eine Beweislastumkehr im Lichte dieses Grundrechts nur in sehr engen Grenzen zulässig. Diese ganz allgemeine Schuldvermutung, wie sie für das Geldbußenverfahren gelten würde, wäre mit den strengen Vorgaben von Art 6 Abs. 2 EMRK kaum zu vereinbaren.

Aus all diesen Gründen ist daher eine Beweislastumkehr in diesem Zusammenhang abzulehnen und jedenfalls kein angemessenes Mittel zur Wettbewerbskontrolle.

3.1.2. Reichen die bestehenden Mitwirkungspflichten des Informationsinhabers gemäß § 381 ZPO und die freie Beweiswürdigung des Richters aus?

Ja.

3.1.3. Ist eine Beweislastumkehr auf Märkten, die einer besonderen Kontrolle unterliegen, notwendig?

Eine Beweislastumkehr ist aufgrund der oben genannten Erwägungen insgesamt abzulehnen.

3.1.4. Sind Sie der Meinung, dass Erleichterungen in der Beweisführung in Missbrauchsverfahren für bestimmte Branchen/Märkte, die wettbewerblich als sensibel gelten, angemessen wären?

Nein.

3.2. Vermutungstatbestände:

3.2.1. Hat sich die österreichische Regelung – Vermutung der Einzelmarktbeherrschung ab einem Marktanteil von 30% – bewährt oder sehen Sie einen analogen Anpassungsbedarf?

Die praktischen Erfahrungen, insbesondere in Zusammenschlussverfahren zeigen, dass Marktbeherrschung unter 40% in der Praxis nicht festgestellt wird. Da die mit dieser Schwelle verbundene Umkehr der Beweislast einen massiven Eingriff in die Rechtsposition eines betroffenen Unternehmens darstellt, sollte eine Anhebung (vgl. die angesprochene Anpassung in Deutschland) angestrengt werden.

4. Fusionskontrolle:

4.1. Neuer Fusionskontrolltest:

4.1.1. Halten Sie es auch in Österreich für sinnvoll und notwendig, das materielle Prüfkriterium in der Zusammenschlusskontrolle zu ändern?

Wo sehen sie die Vor-, wo die Nachteile?

Wir halten dies weder für sinnvoll noch für notwendig. Die Rechtsprechung der Europäischen Kommission zum SIEC Test in EU Zusammenschlussverfahren zeigt deutlich, dass ein solch unbestimmter Test nur sehr schwierig zu administrieren ist und zu einer extremen Ökonomisierung der Entscheidungspraxis führt, welche die Rechtsunsicherheit für Normunterworfenen ungebührlich steigert.

6. Regulierungsbehörden:

6.1. Welche Rolle sollen Ihrer Meinung nach die Regulierungsbehörden im Rahmen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht spielen?

Entscheidend für einen effektiven Vollzug einer Wettbewerbsaufsicht und die für Unternehmen wichtige Voraussehbarkeit des Wettbewerbsrechts

ist die klare Zuweisung von Kompetenzen zwischen den Wettbewerbsbehörden und allfälligen Regulierungsbehörden. Darüber hinaus ist die Kohärenz zwischen Entscheidungen der verschiedenen Behörden sicherzustellen um der Gefahr zu begegnen, dass die Kartellgerichte (OLG und OGH) zur faktischen zweiten Instanz der Regulierungsbehörde werden, die manche Fälle, die der sektorspezifischen, asymmetrischen Regulierung an sich entsprochen haben, nochmals überprüft.

6.3. Wie sehen Sie gegenwärtig das Zusammenspiel der Regulierungsbehörden mit den allgemeinen Wettbewerbsbehörden; wie sehen Sie den Grundsatz der wechselseitigen Bedachtnahme in der Entwicklung seit 2010?

Die Zusammenarbeit zwischen den Österreichischen Wettbewerbsbehörden und den Regulatoren ist unserer Erfahrung nach von Fall zu Fall unterschiedlich. Die Sicherstellung der Kohärenz sollte daher (auch pro aktiv von den Behörden) nicht nur informell gefördert werden, sondern es sollte auch breiter diskutiert werden, welche formalen Maßnahmen dazu hilfreich sein können.

6.4. Kooperation und Informationsaustausch zwischen der BWB und den Regulierungsbehörden ist nur teilweise formalisiert; wie sehen Sie das Verhältnis BWB – Regulierungsbehörden?

Siehe Antwort zu Frage 6.3.

Ergänzung der Beiratsstudie im Hinblick auf das belgische Urteil betreffen „inhouse lawyers“:

Die A1 Telekom Austria AG hat Ihnen am 22.03.2013 Ihre Stellungnahme zu der von Ihnen übermittelten Frageliste zum Follow Up der Beiratsstudie „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich übermitteln“. Aus aktuellem Anlass möchten wir unsere Stellungnahme im Zusammenhang mit den Fragen betreffend den Ausblick und die Erwartungen ergänzen und ersuchen um entsprechende Berücksichtigung.

In Belgien hat das Brüsseler Berufungsgericht am 05.03.2013 in seinem Urteil betreffend das Verfahren Belgacom gegen die belgische Wettbewerbsbehörde entschieden, dass die Beratung eines Unternehmensjuristen auch unter das Anwaltsprivileg fällt, wenn das Unternehmen Gegenstand einer wettbewerbsrechtlichen Hausdurchsuchung ist. Das Gericht begründet seine Entscheidung damit, dass die Beratung eines Unternehmensjuristen

im Interesse seines Arbeitgebers vertraulich ist, weshalb die Wettbewerbsbehörde Dokumente, die rechtliche Beratung von Unternehmensjuristen enthalten, im Rahmen von Hausdurchsuchungen nicht durchsuchen oder beschlagnahmen darf. Davon umfasst sind auch Anfragen i.Z.m. mit derartigen Auskünften, Korrespondenz, Entwürfe und andere vorbereitende Dokumente.

In Österreich wurde dieses Thema explizit noch nicht gesetzlich geregelt, allerdings sehen wir in der gegenständlichen Entscheidung ein Signal dafür, dass nunmehr auch ein Berufungsgericht erkannt hat, dass Beratung von Unternehmensjuristen im Rahmen von Hausdurchsuchungen als vertraulich zu qualifizieren ist. Wir gehen davon aus, dass durch die Privilegierung von Schriftverkehr mit Unternehmensjuristen die Sensibilität von Unternehmen für Wettbewerbsverstöße gefördert werden kann.

Unterstellte man auch derartigen Schriftverkehr dem Anwaltsprivileg, wäre unseres Erachtens der Effekt auf die Einhaltung von Wettbewerbsrecht ein durchaus positiver.

A7. Stellungnahme Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

März 2013

1. Allgemeine Fragen:

a) Hat sich Ihrer Meinung nach seit der Studie 2009/2010 die Wettbewerbssituation in Österreich verändert? Welche wettbewerbspolitischen Entwicklungen hat es seitdem gegeben? Welche Entwicklungen beurteilen Sie positiv, welche negativ?

Aus Sicht der RTR ist insb. die Konzentration im bislang hochkompetitiven Mobilfunksektor erwähnenswert, die mit der Genehmigung der Europäischen Kommission für den Erwerb von Orange Austria Telecommunication GmbH durch Hutchison 3G Austria GmbH unter Verpflichtungszusagen der letzteren und der Genehmigung des Kartellgerichts für den Erwerb von Yess! Telekommunikation GmbH durch A1 Telekom Austria AG ihren Abschluss fand. Für eine Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen dieses Zusammenschlusses ist es jedoch noch zu früh. Ein enges Monitoring ist diesbezüglich jedenfalls angebracht.

b) Wie beurteilen Sie die Änderungen des Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetzes 2012 (BGBl I 13/2013) aus heutiger Sicht?

Da die Novelle erst am 1.3.2013 in Kraft getreten ist, ist eine Beurteilung ihrer Auswirkungen zum Zeitpunkt der Fragenbeantwortung nicht möglich. Da die Regelungen der Novelle größtenteils auf Expertenempfehlungen zurückgehen, ist jedoch mit Verbesserungen im Kartellrechtvollzug zu rechnen.

c) Welche sind die wesentlichsten Merkmale der gegenwärtigen Vollzugspraxis in Österreich? Welche Auswirkungen auf die Realwirtschaft hat diese Vollzugspraxis? Gibt es Vollzugs- bzw. Transparenzdefizite?

Bundswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt verfügen im Verhältnis zu den ihnen übertragenen Aufgaben nicht über eine hinreichende Personalausstattung.

2. Allgemeine Verfahrensfragen:

2.1. Verfahren vor der BWB:

b) Wie zeitnah und umfänglich sollte über konkrete Verfahren und Entscheidungen informiert werden?

Eine Information über verfahrensbeendende Entscheidungen sollte in den auf die Entscheidung folgenden Tagen erfolgen.

c) Wird Ihrer Ansicht nach § 37 KartG eine Verbesserung hinsichtlich der Transparenz bringen?

Ja. Eine generelle Pflicht zur Veröffentlichung der Entscheidungen des Kartellgerichts ist sowohl im Hinblick auf eine Erleichterung des „private enforcement“ als auch im Interesse der weiteren Fachöffentlichkeit (Bedacht- nahme auf die kartellgerichtliche Spruchpraxis insb.in Missbrauchsfällen durch Regulatoren, wissenschaftliche Aufarbeitung) äußerst sinnvoll.

d) Wäre es aus Ihrer Sicht zweckmäßig, wenn die BWB, ähnlich der EU- Kommission, Leitlinien in verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Problembereichen veröffentlichen würden, die Unternehmen und die interessierte Öffentlichkeit größere Rechtssicherheit über das mögliche künftige Behördenhandeln bringen könnte?

Die BWB veröffentlicht schon jetzt gewisse Handreichungen für bestimmte Verfahrensarten. Leitlinien könnten diese ggf. sinnvoll ergänzen, erscheinen jedoch andererseits nicht zwingend.

2.2. Sachverständige:

a) In praktisch allen Verfahren vor dem Kartellgericht spielt der Sachverständigenbeweis eine entscheidende Rolle. Wie beurteilen Sie im europäischen Kontext die Einbindung der Sachverständigen in die Kartellgerichtsbarkeit (1= sehr gut, 5= nicht zufriedenstellend). Sehen Sie Optimierungsmöglichkeiten? Sehen Sie Alternativen zum gegenwärtigen System?

Die hohen Kosten der Sachverständigen könnten Antragsteller ggf. abhalten, Rechtsschutz vor dem Kartellgericht in Anspruch zu nehmen. Eine Optimierung wäre u.U. dadurch möglich, den Personalstand der BWB durch Aufnahme mehrerer wettbewerbsrechtlich versierter Wirtschaftswissenschaftler zu erhöhen, die als amtliche Sachverständige kostenfrei beigezogen

werden könnten. Soweit regulierte Unternehmenszweige betroffen sind, wäre es ggf. möglich, Mitarbeiter von Regulatoren vor dem Kartellgericht als sachverständige Zeugen einzuvernehmen, wie dies auch jetzt schon erfolgt.

b) Würden Sie es für sinnvoll erachten, solche Standards für den Sachverständigenbeweis im Rahmen des österreichischen Kartellverfahrens zu entwickeln?

Der Vorschlag erscheint im Interesse einer Qualitätssicherung bei SV-Gutachten sinnvoll.

2.3. Settlement-Verfahren:

a) Welche Vor- und Nachteile sehen Sie bei einvernehmlichen Verfahrensvereinbarungen zwischen den antragstellenden Behörden und betroffenen Unternehmen?

Ein Settlement-Verfahren hat den Vorteil, dass es rascher beendet ist und ressourcenschonender ist als ein Verfahren vor dem Kartellgericht. Ein möglicher Nachteil ist, dass die Intransparenz des Settlementverfahrens bei der Öffentlichkeit den Verdacht der „Packelei“ zwischen Behörde und Beschuldigtem erweckt und das verhängte Bußgeld keine generalpräventive Wirkung entfalten kann.

b) Ist ein Settlement-Verfahren geeignet, Kartellrechtsverstöße rigoros zu ahnden?

Nein. Für eine rigorose Ahndung von Kartellverstößen ist ein Settlement-Verfahren nicht geeignet, da der öffentliche Hinweis auf den Kartellrechtsverstoß i.d.R. wirkungsvoller sein wird als eine Geldbuße ohne Information der Öffentlichkeit.

c) Entfaltet ein Settlement-Verfahren eine präventive Wirkung?

Allenfalls nur spezialpräventiv für das betroffene Unternehmen. Andere nichts rechtskonform handelnde Unternehmen werden nicht abgeschreckt.

d) Halten Sie es für sinnvoll, das Settlement-Verfahren explizit zu regeln bzw. in einer Weise einzuschränken, damit es in der vorliegenden Form nicht zum kartellrechtlichen Regelverfahren wird?

Das Settlement-Verfahren sollte nicht zum kartellrechtlichen Regelverfahren werden. Eine explizite Regelung bzw. Einschränkung erscheint daher sinnvoll.

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung:

3.1. Beweislastumkehr:

a) Ist die Beweislastumkehr ein angemessenes Mittel zur Wettbewerbskontrolle?

Ja. Gerade in Fällen der Missbrauchskontrolle, wo rasches Handeln häufig geboten ist, kann eine Beweislastumkehr, wie z.B. die befristete Regelung des § 29 GWB in Deutschland hinsichtlich überhöhter Energiepreise, als wirksames Instrument zur Verhinderung von Marktmachtmissbrauch dienen.

b) Reichen die bestehenden Mitwirkungspflichten des Informationsinhabers gemäß § 381 ZPO und die freie Beweiswürdigung des Richters aus?

Eher nein. Falls nicht die „richtigen“ Fragen gestellt werden, besteht aus Sicht des Informationsinhabers ein Interesse an Verfahrensverzögerung durch unvollständige (Teil)-Informationen.

c) Ist eine Beweislastumkehr auf Märkten, die einer besonderen Kontrolle unterliegen, notwendig?

Ja. Das deutsche Beispiel zeigt, dass eine Beweislastumkehr gerade in Fällen eines potenziell sehr großen Betroffenenkreises durchaus gerechtfertigt sein kann.

d) Sind Sie der Meinung, dass Erleichterungen in der Beweisführung in Missbrauchsverfahren für bestimmte Branchen/Märkte, die wettbewerbslich als sensibel gelten, angemessen wären?

Ja, bei Branchen/Märkten mit einem potenziell sehr großen Betroffenenkreis, jedoch muss man allfällige Sonderregeln gegen das Rechtsstaatsprinzip abwägen und ggf. wie in Deutschland befristen.

3.2. Vermutungstatbestände:

Hat sich die österreichische Regelung – Vermutung der Einzel-Marktbeherrschung ab einem Marktanteil von 30% – bewährt oder sehen Sie einen analogen Anpassungsbedarf?

Nach Ansicht der RTR besteht kein Bedarf für eine Anhebung der jetzigen 30%-Schwelle für die Einzelmarktbeherrschung.

4. Fusionskontrolle:

4.1. Neuer Fusionskontrolltest:

Halten Sie es auch in Österreich für sinnvoll und notwendig, das materielle Prüfkriterium in der Zusammenschlusskontrolle zu ändern? Wo sehen sie die Vor-, wo die Nachteile?

Eine Umstellung auf den im Rahmen der FKVO verwendeten SIEC-Test erscheint sachgerecht, da er eine differenziertere Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens ermöglicht als der jetzige Marktbeherrschungstest.

4.2. Breiterer Fokus bei der Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise von Fusionen

a) Sind Fusionsvorgänge einheitlich zu bewerten, wenn es sich dabei um sukzessive Aufkäufe handelt?

Ja, da es sich aus wettbewerbsrechtlicher Sicht i.d.R. um einen einheitlichen Vorgang handeln dürfte.

b) Sind Bündel von zeitgleichen Transaktionen, die nur teilweise der Zusammenschlusskontrolle unterliegen, bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise einheitlich zu bewerten?

Ja, wenn es sich wirtschaftlich um einen einheitlichen Vorgang handelt, wobei sich die Frage nach dem sachgerechten Umgang mit den Schwellenwerten stellt.

c) Sollen diesbezüglich klarstellende Regelungen in das Kartellgesetz aufgenommen werden?

Ja, eine Aufnahme klarstellender Regelungen erscheint zweckmäßig.

5. Wettbewerbsmonitoring:

a) Bieten die rechtlichen Vorgaben eine hinreichende Basis für die Entwicklung eines leistungsfähigen wettbewerbspolitischen Instruments, welches aussagekräftige Ergebnisse liefern kann?

Es findet ein laufendes Monitoring über die TK-Märkte durch die RTR im Rahmen der Kommunikations-Erhebungs-VO statt. Daten (auch

vertrauliche) werden von den Unternehmen quartalsweise übermittelt. Die RTR veröffentlicht diese Daten aggregiert und anonymisiert. Eine regelmäßige Erhebung von Marktdaten ist für die RTR jedoch aufgrund ihrer Fokussierung auf elektronische Kommunikationsmärkte leichter handhabbar als dies vermutlich bei der BWB der Fall wäre, die mit einer Vielzahl von Branchen konfrontiert ist.

6. Regulierungsbehörden:

a) Welche Rolle sollen Ihrer Meinung nach die Regulierungsbehörden im Rahmen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht spielen?

Die RTR /TKK verfügt über bestimmte Antragsrechte beim Kartellgericht, nicht jedoch bei der Fusionskontrolle. Ein derartiges Antragsrecht wäre für die Arbeit der RTR aber wesentlich. Obwohl das Antragsrecht nach § 127 TKG 2003 erst einmal in einem Missbrauchsverfahren vor dem Kartellgericht in Anspruch genommen wurde, stellt schon alleine die Möglichkeit dazu ein Drohpotential dar, sodass Unternehmen von vornherein einlenken.

b) Wie werden die neuen Kompetenzen (z.B. Hausdurchsuchung nach E-ControlG; Geldbußen nach EIWOG und GWG; Abschöpfung der Bereicherung nach TKG und PMG) genutzt, wie werden diese bewertet?

Obleich die Telekom-Control-Kommission von ihrem Antragsrecht beim Kartellgericht auf Abschöpfung der Bereicherung bislang noch nicht Gebrauch gemacht hat, wurde im Hinblick auf eine Bekämpfung systematisch betriebenen Cold Callings eine Stellungnahme der Telekom-Control-Kommission zur Auslegung und Operationalisierung des Antragsrechts aus § 111 TKG 2003 am 3.09.2012 auf der RTR-Website veröffentlicht (https://www.rtr.at/de/tk/111_TKG_2003).

c) Wie sehen Sie gegenwärtig das Zusammenspiel der Regulierungsbehörden mit den allgemeinen Wettbewerbsbehörden; wie sehen Sie den Grundsatz der wechselseitigen Bedachtnahme in der Entwicklung seit 2010?

Es wurde der Versuch unternommen, die Zusammenarbeit mit der BWB in einem Verwaltungsübereinkommen zu formalisieren; nach Ansicht der BWB reicht allerdings eine Kooperation im Einzelfall aus. Die Einzelfallkooperation BWB – RTR auf Sachbearbeiterebene funktioniert gut. Auch in Verfahren vor dem Kartellgericht werden MitarbeiterInnen der RTR

immer wieder als sachverständige Zeugen befragt.

d) Kooperation und Informationsaustausch zwischen der BWB und den Regulierungsbehörden ist nur teilweise formalisiert; wie sehen Sie das Verhältnis BWB – Regulierungsbehörden?

Die Handhabung des Aktenaustausches mit der BWB wurde zwar in der juristischen Diskussion gelegentlich problematisiert, verläuft jedoch in der Praxis in beiden Richtungen ohne Komplikationen. Zu beachten ist, dass die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs in bestimmten Verfahren vor der RTR /TKK eine umfassende Parteistellung einräumt, sodass auch Konkurrenten Zugang zu Beweismitteln und ggf. von der BWB übermittelten vertraulichen Unterlagen haben können.

7. Ausblick und Erwartungen:

a) Wo soll der wettbewerbsrechtliche Fokus/Schwerpunkt der weiteren Entwicklung Ihrer Meinung nach liegen?

Verbesserungen der personellen Ausstattung der BWB, Ausbau des Amtssachverständigenbeweises.

A8. Stellungnahme Brau Union Österreich AG

April 2013

1. Wettbewerbsvollzug:

Der Vollzug des Wettbewerbsrechts wird seitens der BWB mit großem Einsatz, auch unverhältnismäßiger Härte gegen betroffene Unternehmen geführt. Hausdurchsuchungen, die mehrere Tage andauern und den Geschäftsbetrieb des Unternehmens teilweise lahmlegen, sind unzumutbar und schießen über das rechtlich gesetzte Ziel weit hinaus! Selbst die Strafrechtsjustiz agiert in diesem Bereich wesentlich zurückhaltender.

2. Verfahren vor der BWB:

Besonders zu kritisieren ist die mangelnde Akteneinsicht für betroffene Unternehmen. In den übermittelten Fragestellungen finden sich oft unverständliche/unklare Darstellungen. Um den wahren Hintergrund mancher Fragestellungen überhaupt erkennen zu können, sollte das betroffene Unternehmen im Verfahren vor der BWB Akteneinsicht erhalten.

Die Vorgangsweise der BWB-betroffenen Unternehmen mit der Androhung enormer Geldbußen zu einem „Settlement“ auf Basis einer dann geringeren Strafe „zu zwingen“, scheint ebenfalls rechtsstaatlich sehr bedenklich. Wir würden es daher auch begrüßen, wenn die BWB Leitlinien in verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Problembereichen veröffentlichen würde, die dem Unternehmen mehr Rechtssicherheit bringen könnten. Drei Verfahren bei Hausdurchsuchungen!

3. Verfahren bei Hausdurchsuchungen:

Wie schon unter 1. ausgeführt, finden wir die Praxis der BWB in manchen Fällen eindeutig überzogen. Verschärft wird dies auch noch durch die gesetzliche Neuregelung, wonach Mitarbeiter des Unternehmens zu Unterlagen befragt werden dürfen. Es wäre hier die BWB zu einer besonders umsichtigen Vorgangsweise anzuhalten.

Die Maßnahme der Versiegelung von Räumen sollte nur in Ausnahmefällen erfolgen und so kurz wie möglich andauern, um den Geschäftsbetrieb

des betroffenen Unternehmens nicht ungebührlich zu beeinträchtigen. Dies gilt sinngemäß auch für die Beschlagnahme von Unterlagen, wie Festplatten etc., die für den laufenden Betrieb des Unternehmens nötig sind.

4. Kronzeugenregelung:

Grundsätzlich stehen wir der Neuregelung nicht ablehnend gegenüber, bemerken aber doch eine etwas überschießende Tendenz, wenn die Vorlage sämtlicher im Besitz des Kronzeugen befindlichen oder anderweitig verfügbaren Beweismittel für die in Frage stehende Übertretung verlangt wird. Die Grenze sollte da gezogen werden, wo potentielle Kronzeugen vorsätzlich oder grob fahrlässig die Vorlage von Beweismitteln unterlassen. Überlegenswert wäre auch eine Angleichung der Bestimmungen des Wettbewerbsrechts mit jenen des Strafrechts.

5. Geldbußenverfahren:

Die Vorhersehbarkeit einer Geldbuße und auch deren Höhe ist derzeit nicht ausreichend gegeben. In den Entscheidungsveröffentlichungen sollten die diesbezüglichen Erwägungsgründe ausführlich dargelegt sein. Mehr Vorhersehbarkeit würde auch eine generelle Verpflichtung der BWB bringen, vor Einleitung eines Geldbußenverfahrens (inkl. allfälliger „Settlement“-Gespräche) förmliche Beschwerdepunkte an das betroffene Unternehmen zu richten.

6. Settlement-Verfahren:

Wie schon zuvor dargestellt, ist die Praxis der BWB, unter Androhung exorbitanter Strafdrohungen ein Settlement ohne wirkliche Aufarbeitung der Fakten zu erzwingen, rechtsstaatlich bedenklich, weil das Zugeständnis des betroffenen Unternehmens ohne fundierte Kenntnis der Vorwürfe erfolgt. Eine genauere Regelung des Settlement-Verfahrens durch den Gesetzgeber scheint daher wünschenswert, wobei die Verteidigungsrechte des betroffenen Unternehmens klar festzulegen sind.

7. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung:

Wir stehen der Institution der Beweislastumkehr im Wettbewerbsrecht grundsätzlich kritisch gegenüber und begrüßen es daher, dass der ursprüngliche Paragraph 5a KartellG der Regierungsvorlage nicht Gesetz geworden ist. Einzig im sog. „Abstellungsverfahren“ gem. § 26 KartellG wäre eine Beweislastumkehr rechtlich vertretbar.

A9. Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

März bzw. Juni 2013

1. Allgemeine Fragen:

Frage 1: Hat sich Ihrer Meinung nach seit der Studie 2009/2010 die Wettbewerbssituation in Österreich verändert? Welche wettbewerbspolitischen Entwicklungen hat es seitdem gegeben? Welche Entwicklungen beurteilen Sie positiv, welche negativ?

Generell konnte seit der Studie 2009/2010 eine fortschreitende Sensibilisierung einer immer größer werdenden Anzahl von Marktteilnehmern beobachtet werden. So wurden das Wettbewerbs- und insbesondere das Kartellrecht in der Vergangenheit vorwiegend als Angelegenheit international tätiger Unternehmen oder ausgewiesener nationaler „Marktbeherrscher“ angesehen. Seit der letzten Studie stieg der Stellenwert des Wettbewerbsrechts vor dem Hintergrund der fortschreitenden Governance- und Compliance-Entwicklungen jedoch auch bei Klein- und Mittelunternehmen weiter an.

Neben dieser „allgemeinen Stimmungslage“ waren unseres Erachtens keine wesentlichen wettbewerbspolitischen Entwicklungen zu beobachten. Abzuwarten bleibt, welche Auswirkungen die Novellierung des Wettbewerbsrechts durch das KaWeRÄG auf die Wettbewerbssituation in Österreich haben wird.

Zu wettbewerbspolitischen Überlegungen gibt jedoch die Vollzugspraxis der BWB Anlass. Nennenswert sind vor allem die seit der Studie 2009/2010 deutlich angestiegene Zahl an einvernehmlichen Verfahrensbeendigungen in Kartellverfahren sowie der Fokus der BWB auf die Aufgreifung von vertikalen Preisbindungen.

Wie von Mitarbeitern der BWB grundsätzlich richtig angeführt, sind einvernehmliche Verfahrensbeendigungen gerade für die BWB als deutlich unterbesetzte Behörde ein probates Mittel, um die Effizienz des Kartellvollzugs durch eine Beschleunigung der Verfahren zu erhöhen, indem personelle Ressourcen nicht unnötig lange in bestehenden Verfahren gebunden werden, sondern an der Aufdeckung neuer, bisher unentdeckter Kartelle arbeiten können¹ Wie die Antworten auf die Fragen 16 bis 20 ausgeführt, birgt die derzeitige Form des von der BWB angewendeten Settlements aber auch rechtsstaatliche Risiken.

1] Xeniadis,/Kühnert, Einvernehmliche Verfahrensbeendigung in Kartellverfahren, ÖZK 2012, 83ff.

Insofern ist die aktuelle Häufung von Settlements in Geldbußenverfahren wohl auch Folge der österreichischen Behördenstruktur (Trennung zwischen BWB und Kartellgericht) und -organisation (BWB als monokratische Behörde mit im internationalen Vergleich geringer Ressourcenausstattung). Was diese Fragen betrifft, finden sich in der Lehre weiterhin Stimmen, die die Zusammenführung von BWB und Bundeskartellanwalt zu einer umfassenden Vollbehörde nach europäischem und bspw. deutschem Vorbild bzw. die Ausstattung der BWB mit (erstinstanzlicher) Entscheidungskompetenz fordern². Hier hat sich der Beirat allerdings in der Studie aus 2010 nach sorgfältiger Abwägung der Vor- und Nachteile für die Beibehaltung des bestehenden Systems ausgesprochen. Aus Sicht der Studienvereinigung haben sich seither keine gravierenden Neuentwicklungen ergeben, die es erfordern würden, diese Frage bereits jetzt neu zu diskutieren³.

Ungeachtet dessen steht außer Frage, dass ein Abgehen vom bestehenden System die Aufstockung der personellen Ressourcen der BWB voraussetzt. Gleichzeitig wäre darin die wohl erfolversprechendste Maßnahme zu einer effizienteren Kartellrechtsdurchsetzung zu sehen. Selbst bei personeller Aufstockung wäre die BWB aber gefordert, im Hinblick auf ihren strukturellen Aufbau und bestehende prozessuale Abläufe Optimierungen vorzunehmen.

Eine weitere Auffälligkeit in der Vollzugspraxis der BWB stellt die in jüngerer Zeit auffallende Fokussierung auf die Verfolgung vertikaler Preisbindungen dar. Wie in Frage 35 ausgeführt wird, kann dies zumindest teilweise damit begründet werden, dass die BWB hier mit höheren Erfolgsaussichten rechnet, während sie beim Nachweis von komplexen Zuwiderhandlung mit höheren Anforderungen in Bezug auf ihre Beweisführung konfrontiert ist. Allerdings sollten – entsprechend ihrer ökonomischen Bedeutung – auch komplexe Zuwiderhandlungen in angemessenem Maß im Fokus von Untersuchungen der BWB stehen. Auch um dies verstärkt umsetzen zu können, wäre aus rechtspolitischer Sicht eine personelle Stärkung und eine strukturelle Optimierung der BWB wünschenswert.

2] Zuletzt Haubner, ÖZK 2012, 215; unter Bezugnahme auf Dr. Michael Losch, Sektionschef für Wirtschaftspolitik im Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft (BMWFV).

3] Überdies hat die derzeitige Kompetenzaufteilung zwischen BWB und Bundeskartellanwalt aus Sicht der Studienvereinigung insbesondere vor dem Hintergrund des nunmehrigen Parallellaufs zwischen Wettbewerbs- und Strafrecht – Stichwort (strafrechtliche) Kronzeugenregelung – auch Vorteile, deren Verlust bei der Diskussion über eine neuerliche Systemreform zu berücksichtigen wären.

Frage 2: Wie beurteilen Sie die Änderungen des Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetzes 2012 (BGBl I 13/2013) aus heutiger Sicht?

Die Studienvereinigung Kartellrecht hat mit Schreiben vom 29.2.2012 zum damaligen Begutachtungsentwurf des KaWeRÄG 2012 Stellung genommen. In der Folge werden die wesentlichen Punkte der Stellungnahme zusammengefasst und um einige wenige aktuelle Themen ergänzt. Wenn hierbei die kritischen Punkte überwiegen, so liegt dies daran, dass im Rahmen einer Evaluierung wie jener durch die Sozialpartner das Schwergewicht nach unserem Verständnis auf Verbesserungsmöglichkeiten liegt.

Aus Sicht der Studienvereinigung sind insbesondere die folgenden Neuregelungen des KaWeRÄG 2012 kritisch zu sehen und sollten daher im Zuge der Evaluierung berücksichtigt werden:

Das Verhältnis der neuen Vermutungstatbestände für kollektive Marktbeherrschung nach § 4 Abs 2a KartG zu den weiter beibehaltenen Tatbeständen des § 4 Abs 2 Z 2 und 3 KartG ist unklar. Die Tatbestände nach Abs 2 Z 2 und 3 sollten daher entfallen. Ferner sollte entsprechend der Rechtslage in Deutschland die Beweislastumkehr nur im Abstellungs-, nicht jedoch im Geldbußenverfahren zur Anwendung kommen. Näher zu den Vermutungstatbeständen s. unten, Frage 25;

Die Neufassung des Widerspruchsrechts gegen die Einsichtnahme in Unterlagen im Rahmen einer Hausdurchsuchung (§ 12 Abs 5 WettbG) ist – gerade angesichts der Tatsache, dass bei manchen Hausdurchsuchungen ganze Datenträger „in Bausch und Bogen“ kopiert wurden – zu restriktiv gefasst. Hinsichtlich dieses Punktes hat die letztlich vom Gesetzgeber verabschiedete Fassung des KaWeRÄG 2012 aus Sicht der Studienvereinigung eine weitere Verschärfung der Situation herbeigeführt, da das Widerspruchsrecht nunmehr auf gesetzlich anerkannte Verschwiegenheitspflichten und Aussageverweigerungsrechte iSd § 157 Abs 1 Z 2 bis 5 StPO beschränkt wurde. Die Studienvereinigung steht dieser Einschränkung des Widerspruchsrechts mit Blick auf die effektive Durchsetzung der Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen kritisch gegenüber.

Abgesehen von der Einschränkung des Widerspruchsrechts, das somit im Übrigen auch nicht konform mit der Regelung im EU-Recht ist (dies, obwohl in der Regel dasselbe materielle Recht vollzogen wird!), ist auch nicht ersichtlich, warum das Beschlagnahmerecht der BWB über die Rechte der EU-Kommission hinausgehen soll. Auch hier wäre unseres Erachtens eine Anpassung an das EU-Recht vorzunehmen.

Gerade in diesem Zusammenhang wäre aus Sicht der Studienvereinigung auch zu beurteilen, wie sich der Rechtsmittelzug zum UVS bzw in Zukunft zu den Verwaltungsgerichten bewährt. Näher hierzu s. unten, Frage 13.

Schließlich erscheint auch noch im Bereich Settlements ein gewisses Maß an gesetzlicher Determinierung sinnvoll, wodurch einerseits einer möglichen Beschränkung der Verteidigungsrechte vorgebeugt und andererseits eine Abgrenzung zur Kronzeugenregelung statuiert werden sollte.

Ferner wurden die folgenden Punkte im letzten Gesetzesentwurf nicht umgesetzt, stellen unseres Erachtens aber nach wie vor ein dringliches Anliegen aus Sicht der Praxis dar.

Für Einvernahmen von Zeugen durch die BWB sollte in § 11 WettbG klargestellt werden, dass dem Zeugen die Beiziehung einer Vertrauensperson gestattet ist:

§ 17 KartG sollte nach dem Vorbild der FKVO und des GWB um Ausnahmen vom Vollzugsverbot für öffentliche Übernahmeangebote sowie für Fälle, in denen schwere Schäden drohen, ergänzt werden;

In § 39 KartG sollte zur Sicherung der Attraktivität des Kronzeugenprogramms vorgesehen werden, dass Kronzeugenanträge sowie die dazu übermittelten Beweismittel von einer Akteneinsicht (zB im Zusammenhang mit einer Beischaftung des Aktes durch die Staatsanwaltschaft im Wege der Amtshilfe) jedenfalls ausgenommen sind;

Im WettbG sollte zur Beseitigung des im Vergleich zum europäischen Recht bestehenden Rechtsschutzdefizits das Anwaltsprivileg ausdrücklich verankert werden;

Angesichts des Inkrafttretens des KaWeRÄG 2012 mit dem 1.3.2013 liegen praktische Erfahrungen mit der Novelle noch nicht vor. Die obigen Punkte haben aus Sicht der Studienvereinigung jedoch keineswegs an Aktualität verloren und sollten in die Diskussion im Rahmen der gegenständlichen Evaluierung Eingang finden.

Frage 3: Welche sind die wesentlichsten Merkmale der gegenwärtigen Vollzugspraxis in Österreich? Welche Auswirkungen auf die Realwirtschaft hat diese Vollzugspraxis? Gibt es Vollzugs- bzw. Transparenzdefizite?

Schwerpunkt dieser Beantwortung ist die öffentliche Durchsetzung des Kartellrechts. Allerdings bleibt Unternehmen, die von Verstößen betroffen sind, die (Qual der) Wahl: Beschwerde an die BWB im Vertrauen auf öffentliche Rechtsdurchsetzung; oder private Rechtsdurchsetzung beim Kartellgericht? In beiden Verfahrensalternativen muss letztlich das Kartellgericht über den behaupteten Verstoß entscheiden. Beschwerdeführer stehen vor dem Dilemma, welchen Weg sie gehen sollen: Beschwerde an die BWB (mit dem Risiko, den Fall „aus der Hand zu geben“) oder direkt Antrag ans Kartellgericht (mit dem Risiko, an Beweisproblemen zu scheitern)?

Die Vollzugspraxis bei der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts hat zuletzt gewisse Entwicklungen hervorgebracht, welche der effizienten und raschen Abstellung von Wettbewerbsverstößen entgegenstehen können:

Nicht selten versucht die BWB, „Abkürzungen“ im Verfahren zu nehmen, um möglichst rasch Ergebnisse ihrer Ermittlungen präsentieren zu können. Hier sind insb die durch die BWB entwickelten und seit 2011 regelmäßig praktizierten „Settlement“-Verfahren zur Erledigung von Geldbußenverfahren zu nennen: Durch diese Methode (siehe Fragen 16 bis 20) kann die BWB nun – im Wege von Außerstreitstellungen und „Anerkennnissen“ der Antragsgegner, denen Verstöße vorgeworfen werden, mehr oder weniger direkt die jeweilige Entscheidung des Kartellgerichts und deren Begründung vorbestimmen.

Bei „regulär“ ablaufenden Kartellverfahren (d.h. immer dort, wo die BWB keine außergerichtliche „einvernehmliche Lösung“ erwirken konnte) führt die Zweistufigkeit zu erheblichen Verzögerungen. Zunächst steht es der BWB frei, einen Fall dem Kartellgericht zur Abstellung oder Verhängung einer Geldbuße vorzulegen oder nicht. Dabei wählt die BWB offenbar häufig jene Fälle zur Verfolgung durch das Kartellgericht aus, die für die BWB subjektiv die höchste „Erfolgschance“ bieten. Die BWB konzentriert sich eher auf „spektakuläre“ Fälle (bereits beendete Kartelle auf der Basis von Kronzeugenaussagen, prominente Zusammenschlüsse).

Das Kartellgericht als Entscheidungsinstanz verfügt selbst nicht über ökonomische Kompetenz und muss diese bei externen Sachverständigen „zukaufen“ (siehe Fragen 10 und 11). Damit kann die notwendige enge Verknüpfung zwischen juristischer und ökonomischer Analyse verloren gehen. Im Rechtsmittelverfahren ist das Sachverständigengutachten als Teil der Feststellungen nicht mehr bekämpfbar, weil sich der OGH auch als Kartellobergericht nur als Revisionsinstanz versteht.

Dass die BWB darüber hinaus auf die Stellung von Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach § 48 KartG seit vielen Jahren offenbar aus grundsätzlichen Überlegungen verzichtet, vergrößert noch dieses „enforcement deficit“. Private Antragsteller haben immer wieder Erfolg mit Anträgen auf einstweilige Verfügungen.

Verfahren zur Abstellung von aktuellen Verstößen, die von der BWB beim Kartellgericht „gewonnen“ wurden, sind sehr dünn gesät; viele von der BWB beim Kartellgericht gestellten Abstellungs- oder Geldbußenanträge wurden (soweit sie nicht auf einem „Settlement“ mit den Antragsgegnern – vgl dazu Fragen 16 bis 20 – aufgebaut und daher unstrittig waren) abgewiesen (2012: „Installateurkartell“, „Taxi-App“, „Marktmachtmissbrauch

im Schienengüterverkehr“), viele Verfahren sind seit Jahren anhängig.⁴ Nur ganz vereinzelt konnten – vor einigen Jahren – von der BWB manchmal Verpflichtungszusagen nach § 27 KartG durchgesetzt werden. Auch außergerichtliche Abstellungen von Kartellrechtsverstößen durch die BWB scheinen nicht allzu häufig vorzukommen, soweit die BWB-Tätigkeitsberichte⁵ hier als Quelle herangezogen werden können.

Die Gründe für diese „dünne Ausbeute“ mögen vielfältig sein. Ob es schlicht daran liegt, dass es in Österreich keine Kartellrechtsverstöße gibt, erscheint jedoch fraglich. Viel eher scheinen Ressourcenmängel in der BWB und Verfahrenshürden im kartellgerichtlichen Verfahren (einschließlich der Probleme rund um Sachverständigengutachten) dafür verantwortlich zu sein.

Der mutmaßliche Rechtsverletzer kann unter diesen Umständen auf Zeit spielen, die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten ausnützen und so lange eine Zermürbungstaktik anwenden, bis die Behörden das Interesse am Sachverhalt mangels Aktualität ohnehin verloren haben und der Verstoß – falls es wirklich einer war – im Markt bereits jahrelang den Wettbewerb beschränken konnte. Im internationalen Vergleich bleibt aber im Ergebnis ein Durchsetzungssystem zu beobachten, das wenig schlagkräftig erscheint.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese Vollzugspraxis auch Wettbewerbsdefizite in der Realwirtschaft bestehen lässt, die mit einem schlagkräftigeren Rechtsdurchsetzungssystem beseitigt werden könnten. Konkrete Maßnahmen dagegen sollten in einem strukturierten Prozess entwickelt werden.

Frage 4: Welche sind aus Ihrer Sicht die derzeit bestimmenden wettbewerbspolitischen Themen in Österreich?

- Settlementverfahren (siehe Frage 16ff)
- Gleichgewicht Public Enforcement/Private Enforcement (siehe Frage 3)
- Hausdurchsuchungen (siehe Frage 12ff)
- Marktbeherrschung (siehe Frage 21ff)
- Zusammenspiel Behördenorganisation, Rechtszug und Rechtsschutz (siehe Fragen 1,5,36)

4) Vgl auf der BWB-Website die Übersicht über die Anträge der BWB an das Kartellgericht sowie die Entscheidungen des Gerichtes gem § 10 Abs 3 WettbG <http://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarktmachtmissbrauch/Entscheidungen/Seiten/default.aspx> (abgerufen am 25.3.2013).

5) Siehe alle BWB-Tätigkeitsberichte unter <http://www.bwb.gv.at/Fachinformationen/Taetigkeitsberichte/Seiten/default.aspx> (abgerufen am 25.3.2013).

2. Allgemeine Verfahrensfragen:

2.1. Verfahren vor der BWB:

Frage 5: Sind aus Ihrer Sicht zusätzliche Rechtsschutzinstrumente im kartell- bzw. wettbewerbsrechtlichen Vorverfahren notwendig? Wenn ja, welche?

Das Verfahren (Ermittlungsverfahren) vor der BWB ist überwiegend intern; dies wurde bisher damit argumentiert, dass die BWB ihre Ziele auf andere Weise verfolge als durch die Erlassung von Entscheidungen (vgl. zB Matousek zu § 11 WettbG RZ 9, in Petsche et al. Kartellgesetz, 2007). Relevant für die betroffenen Unternehmen sei in Hinblick auf die Verfolgung ihrer Verfahrensrechte vor allem der verfahrenseinleitende Antrag der BWB vor dem Kartellgericht. Vor allem Akteneinsicht und Kenntnis von Stand und Ergebnis von Beweisaufnahmen nach dem AVG sind ausgeschlossen.

Eine Ausweitung der Rechtsschutzinstrumente im Verfahren der BWB ist aus Sicht der Studienvereinigung wünschenswert.

Die bisherige Begründung für die lediglich eingeschränkte Anwendbarkeit der Rechtsschutzinstrumente des AVG, wonach die BWB (überwiegend) ermittelnd und nicht als Bescheide erlassende Behörde tätig ist (EB RV WettbG, 1005 Blg NR XXI. GP, Seite 23) kann spätestens seit Inkrafttreten des KaWeRÄG 2012 nicht mehr aufrechterhalten werden.

Vielmehr kommt der BWB durch das KaWeRÄG 2012 das Recht zu, Auskünfte und die Vorlage von Unterlagen mit Bescheid anzuordnen und Zuwiderhandlungen mit Geldstrafe zu sanktionieren (§§ 11a Abs 3 – 5 WettbG). Auch in vielen anderen Bereichen trifft die BWB bei Ausübung ihrer Befugnisse inhaltliche Entscheidungen (zB Verzicht auf Stellung eines Prüfungsantrages nach § 11 Abs 4 KartG; Verweisungsentscheidungen nach Art 4 Abs 4 und 5 FKVO iVm § 3 WettbG, Entscheidungen über Anwendung der Kronzeugenregelung nach §§ 11 Abs 3 und 4 WettbG) oder nimmt durch die Ausübung ihrer Befugnisse zumindest maßgeblich Einfluss auf die Entscheidung in der Sache selbst (vgl Barfuß/Fischer, Verfahren im Wettbewerbsrecht – Bundeswettbewerbsbehörde, in Sachs/Thanner [Hrsg], Verfahren vor Sonderbehörden (2006) 231, 237).

Diese Doppelfunktion der BWB als Ermittlungs- und Entscheidungsorgan erfordert auch für das kartellrechtliche Vorverfahren eine Ausweitung des Rechtsschutzes der Beteiligten.

Insbesondere sollte die Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen zur Akteneinsicht (§ 17 AVG) und der Möglichkeit zur Stellungnahme zu

Beweisaufnahmen (§ 45 Abs 3 AVG; diese ist nach § 13 Abs 1 WettbG erst vor der geplanten Antragstellung beim Kartellgericht möglich) beseitigt werden, da diese beiden Rechtsschutzinstrumente – auch im Stadium des Ermittlungsverfahrens – zu den Grundpfeilern eines fairen Verfahrens gehören, wobei auf die Wahrung von berechtigten Geheimhaltungsinteressen im Zuge einer Akteneinsicht zu achten sein wird (siehe § 17 Abs 3 AVG). Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Amtsparteien bei einer Antragsstellung nach § 36 KartG nach der geltenden Rechtslage nicht verpflichtet sind, sämtliche ihnen zum Zeitpunkt der Antragsstellung vorliegenden Beweise anzuführen, sodass hier die Möglichkeit besteht, bereits vorliegende Beweise erst zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt beizubringen oder überhaupt nicht vorzulegen (vgl zu den diesbezüglichen Bedenken zur „Waffengleichheit“ des Verfahrens Raschauer, Die Bundeswettbewerbsbehörde und Art 6 EMRK, ÖZW 2008, 30, 35 f).

Mit der vorgeschlagenen Ausweitung des Rechtsschutzes im Vorverfahren wäre auch keine Gefährdung des Ermittlungsverfahrens oder von berechtigten Interessen Dritter bzw. der Parteien verbunden, da die in § 17 Abs 3 AVG angeführten Ausnahmen von der Akteneinsicht hier ein angemessenes (und erprobtes) Korrektiv bilden würden.

Auch sonst bestehen keine nachvollziehbaren Gründe, die einen kompletten Ausschluss des Rechts auf Akteneinsicht und des Rechts von Stellungnahmen zu Beweisaufnahmen im Verfahren vor der BWB rechtfertigen könnten. Ein Blick auf vergleichbare Rechtsordnungen bzw -materien bestätigt diesen Befund: Beispielsweise ist sowohl im Verwaltungsverfahren vor dem deutschen Bundeskartellamt (vgl zB Schneider in Langen/Bunte (Hrsg), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ – Band I – Deutsches Kartellrecht, § 56 Rn 5 ff) als auch im österreichischen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (vgl Achammer, WK-StPO §§ 51 bis 53 Rn 1 ff) eine Akteneinsicht vorgesehen. Warum für das Verfahren vor der BWB etwas anderes gelten sollte, ist aus Sicht der Studienvereinigung nicht ersichtlich.

Ein weiteres Rechtsschutzdefizit im kartellrechtlichen Vorverfahren bei der BWB betrifft die Beiziehung von Vertrauenspersonen bei der Zeugenbefragung. Nach der Ermittlungspraxis der BWB wird es Zeugen überraschenderweise regelmäßig nicht gestattet, zur Einvernahme vor der BWB in Begleitung eines Rechtsanwaltes oder einer sonstigen Vertrauensperson zu erscheinen (zur Rechtfertigung dieser Praxis vgl insbesondere Rihs/Xeniadis, Ermittlungsverfahren vor der Bundeswettbewerbsbehörde – Vernehmung von Beteiligten und Zeugen durch die BWB, ÖZK 2011, 171, 177 ff). Dies erscheint angesichts der in Kartellverfahren bei Zeugen häufig bestehenden Aussageverweigerungsgründe (insbesondere der

Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung; Schutz vor unmittelbaren Vermögensnachteilen; Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen) äußerst bedenklich; hinzu kommt, dass es rechtsstaatlich seltsam anmutet, wenn genau diejenige Behörde, die als „Sonderstaatsanwaltschaft“ (vgl zu diesem Terminus Barfuß/Fischer, aaO) die Untersuchung leitet und gleichzeitig die Wahrung der Verfahrensrechte des Zeugen nach § 50 AVG sicherstellen soll, einem Zeugen bei Einvernahme die Beiziehung eines Rechtsbeistandes vorenthält. Soweit es um Kronzeugen-Fälle geht, besteht überdies ein Interesse des Kronzeuge-Unternehmens, dass zusätzlich auch der Rechtsbeistand des Unternehmens an der Vernehmung von Zeugen teilnimmt: das Kronzeuge-Unternehmen trifft eine Pflicht zur Kooperation mit der BWB zwecks Sachverhaltsaufklärung, sodass es in der Lage sein sollte, zu beurteilen, ob die von ihm namhaft gemachten Zeugen und Auskunftspersonen einen entsprechenden Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung leisten oder nicht. Die Zuziehung des Rechtsbeistandes des Unternehmens liegt dabei durchaus auch im Interesse der Ermittlungsbehörde, weil dies ein Unternehmen gegebenenfalls viel eher in die Lage versetzt, wesentliche Beiträge zur Aufklärung der Sachlage als Kronzeuge zu leisten.

Aus Sicht der Studienvereinigung bedarf es deshalb zur Wahrung und Ausübung der prozessualen Rechte des Zeugen bei der Vernehmung vor der BWB des Rechts (nicht der Pflicht) auf Anwesenheit eines unabhängigen und vom Zeugen frei wählbaren Rechtsbeistandes oder einer sonstigen Vertrauensperson. Soweit diesbezüglich ein Bedürfnis besteht, „befangene“ Personen als Vertrauenspersonen ausschließen zu können, wäre (als gelinderes Mittel gegenüber einem vollständigen Ausschluss eines Rechtsbeistandes) eine Regelung analog zu § 160 Abs 2 StPO zu erwägen (vgl. dazu im Detail die Stellungnahme der Studienvereinigung zum Ministerialentwurf des KaWeRÄG 2012 vom 29.02.2012).

Hinsichtlich des Rechtsschutzes bei Hausdurchsuchungen und bei Anwendung der Kronzeugenregelung dürfen wir auf die Beantwortung der Fragen zu Punkt 2.3. (Fragen 12 und 13) und Punkt 2.4. (Frage 14) verweisen.

Frage 6: Sind Sie der Auffassung, dass die Informationsbekanntgabe der BWB einem europäischen Standard entspricht?

Die Beurteilung, ob die Informationsbekanntgabe der BWB einem „europäischen Standard“ entspricht, muss vor folgendem Hintergrund erfolgen: Die BWB hat – anders als andere nationale Kartellbehörden und die Europäische Kommission, die einen „europäischen Standard“ setzen könnten – keine Befugnis zur Entscheidung in der Sache. Überdies darf eine Informationsbekanntgabe durch eine Behörde grundsätzlich nur

dann und nur in so weit erfolgen, als das Gesetz es vorsieht. Analysiert man auf dieser Basis die Informationspolitik der BWB, fällt Folgendes auf:

Mit Ausnahme der Pflichtveröffentlichungen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle (§ 10b Abs. 1 WettbG) ist derzeit bei der BWB keine völlig einheitliche Veröffentlichungs- und Kommunikationspolitik bei der Fallberichterstattung erkennbar.

Während teilweise (wie zum Beispiel im Fall des Speditionskartells oder im Vorfeld des Zusammenschlussvorhabens 3/Orange) detaillierte Informationen (inklusive deren rechtliche Beurteilung durch die BWB) in einem sehr frühen Verfahrensstadium (und häufig unter Nennung der Verfahrensbeteiligten) veröffentlicht werden, gewinnt man bei anderen Verfahren (insbesondere bei solchen, die im Wege eines sogenannten „Settlements“ beigelegt wurden) teilweise den Eindruck, dass die Kooperationsbereitschaft der beteiligten Unternehmen auch durch eine zurückhaltende Veröffentlichungspolitik durch die BWB „honoriert“ wird.

Selbst bei Kartellverfahren, die denselben Produktmarkt betreffen, sind Unterschiede in der Informations-/Veröffentlichungspolitik feststellbar. Beispielsweise wurden bei den in der Dämmstoffbranche verhängten Geldbußen in der Veröffentlichung im November 2012 die Namen der betroffenen Unternehmen nicht offengelegt, wohingegen in einer Mitteilung im Februar 2013 eine Namensnennung erfolgte. Auch bei Hausdurchsuchungen, die von der BWB sporadisch auf ihrer Website bekanntgemacht werden, ist vielfach nicht erkennbar, aufgrund welcher Kriterien eine Veröffentlichung erfolgt oder unterbleibt.

Meinungäußerungen nach Art eines Parteienvertreters erscheinen für eine Behörde unangemessen. Pressemeldungen der BWB sollten daher grundsätzlich sachlich gehalten sein, auch wenn Fälle vom Kartellgericht nicht im Sinne der BWB entschieden werden.⁶ Dies schließt nicht aus, dass die Behörde eine Kommentierung abgibt, diese sollte aber als solche klar erkennbar und von der Sachinformation deutlich abgesetzt sein. Eine inhaltlich missverständliche (oder gar falsche) Berichterstattung seitens der BWB⁷ sollte ebenso unterbleiben wie die Veröffentlichung von Aussendungen lediglich über die APA, ohne die entsprechende Meldung zeitgleich (zumindest auch) auf der BWB-Website zu veröffentlichen.

6] Vgl zB die Meldung vom 24.02.2011 betreffend das Speditionskartellverfahren: „In dieser Entscheidung ortet die BWB ein klares Versagen des Kartellgerichts“.

7] Vgl zB die Meldung vom 24.02.2011 betreffend das Speditionskartellverfahren, in der von „sechs Geständnissen“ die Rede ist (obwohl die Unternehmen lediglich verschiedene Tatsachen außer Streit gestellt haben, die im Wesentlichen ohnehin unstrittig waren), oder die Meldung vom 28.02.2013, in der die Schlussanträge der Generalanwältin am EuGH im Speditionskartellverfahren verkürzt und missverständlich wiedergegeben wurden und von „österreichischen Kartellgerichten“ die Rede war.

Wichtig erscheint auch, dass alle Pressemeldungen dauerhaft abrufbar bleiben. Sollte sich die Behörde veranlasst sehen, eine eigene Meldung richtig zu stellen oder zu verändern, sollte die Historie dieser Veränderung transparent und nachvollziehbar bleiben.

Die Europäische Kommission verfolgt grundsätzlich eine klare und einheitliche Veröffentlichungs- und Kommunikationspolitik. Sie informiert beispielsweise regelmäßig über durchgeführte Hausdurchsuchungen. Dabei trägt sie der Unschuldsvermutung Rechnung und wahrt die Verteidigungsrechte der involvierten Unternehmen, indem sie diese nicht namentlich nennt und nur die betroffene Branche bekannt gibt. Pressemitteilungen über versendete Beschwerdepunkte enthalten regelmäßig konkrete Informationen über die vermuteten Kartellrechtsverstöße. Eine Bekanntgabe der Namen der an einem Kartellrechtsverstoß beteiligten Unternehmen erfolgt hingegen meist erst mit Erlass einer verfahrensabschließenden (End-)Entscheidung. Auf diese Weise wird dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach verlässlichen Informationen Rechnung getragen, gleichzeitig werden Vorverurteilungen vermieden.

Insgesamt entspricht deshalb die Veröffentlichungs- und Kommunikationspolitik der BWB derzeit noch nicht immer dem „europäischen Standard“ im Hinblick auf Einheitlichkeit. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn sich die Informationsbekanntgabe der BWB diesbezüglich in Zukunft stärker an der Kommunikations- und Veröffentlichungspolitik der Kommission orientiert – wobei jedoch auf die Tatsache Bedacht genommen werden sollte, dass die BWB anders als die Kommission nicht als Entscheidungsbehörde fungiert (mit Ausnahme von Auskunftsverlangen) und jede Veröffentlichung grundsätzlich nur im Rahmen von gesetzlichen Ermächtigungen erfolgen darf. Zur Vermeidung einer divergierenden fallbezogenen Kommunikation wäre darüber hinaus die Erstellung von einheitlichen (und erkennbaren) Kommunikationsleitlinien/-grundsätzen (was wird wann veröffentlicht) zu erwägen.

Frage 7: Wie zeitnah und umfänglich sollte über konkrete Verfahren und Entscheidungen informiert werden?

Die Veröffentlichungen der BWB sollten möglichst zeitnah erfolgen, um dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach aktuellen Informationen Rechnung zu tragen. Eine solche zeitnahe Veröffentlichung dient auch der Stärkung der generalpräventiven Wirkung des Kartellrechts.

Die BWB ist (neben den Veröffentlichungspflichten in Zusammenfassungsverfahren gemäß § 10b Abs 1 WettbG) gesetzlich verpflichtet, unter Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen auf ihrer Website bekannt zu machen, dass sie oder der Bundeskartellanwalt einen Antrag

auf Abstellung von Zuwiderhandlungen oder Feststellung an das Kartellgericht gestellt hat (§ 10b Abs 2 WettbG). Dabei kann die Bekanntmachung die Namen des oder der betroffenen Unternehmen und in kurzer Form die Art der vermuteten Zuwiderhandlung und den betroffenen Geschäftszweig enthalten. Während bei der Veröffentlichung der Namen der betroffenen Unternehmen zur Vermeidung von Vorverurteilungen bis zur rechtskräftigen Verfahrensbeendigung Zurückhaltung geboten ist, sollte die Art der vermuteten Zuwiderhandlung und die betroffenen Geschäftszweige jedenfalls in den Mitteilungen der BWB veröffentlicht werden. Darüber hinaus wäre es wünschenswert und systemkonform, wenn die BWB auch dem § 10b Abs 2 WettbG entsprechende Informationen über Anträge auf Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern bekannt macht; dies wäre in § 10b Abs 2 WettbG klarzustellen.

Mit der KartG-Novelle 2012 ist die Veröffentlichungsverpflichtung des Kartellgerichts in § 37 KartG anstelle der Bestimmung des § 10b Abs 3 WettbG getreten. Der Detaillierungsgrad des § 37 KartG kann unseres Erachtens auch als Leitfaden für den Umfang der (fallbezogenen) Veröffentlichungen der BWB herangezogen werden (soweit es sich nicht ohnehin um Veröffentlichungen gemäß § 10b Abs 2 WettbG handelt, deren inhaltlicher Umfang schon durch diese Bestimmung selbst klar begrenzt wird). Dh: wenn das Kartellgericht gem § 37 KartG bei der Veröffentlichung von rechtskräftigen Entscheidungen einem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen muss, sollte dies umso mehr für jegliche Berichterstattung der BWB gelten, die vor Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung erfolgt (und insbesondere in Verfahren, in denen gemäß § 47 Abs 1 KartG die Öffentlichkeit von der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen wurde). Vor einer rechtskräftigen Entscheidung sollte nur ohne Nennung von Namen der betroffenen Unternehmen informiert werden. Tatsachen und die Rechtsauffassung bzw der Verfahrensstandpunkt der Behörde sollten im Rahmen von Veröffentlichungen klar getrennt werden. Darüber hinaus sollte bei Veröffentlichungen der BWB (sowohl in zeitlicher wie in inhaltlicher Sicht) stets der Eindruck vermieden werden, dass Unternehmen mit rudimentärer (bzw nicht zeitnaher) Berichterstattung seitens der BWB „belohnt“ werden, wenn sie sich im Bußgeldverfahren vor dem Kartellgericht zu einem Vergleich bereit erklären.

Insoweit gemäß § 37 Abs 1 KartG nunmehr eine Veröffentlichungspflicht des Kartellgerichts hinsichtlich rechtskräftiger Entscheidungen in der Ediktsdatei besteht, die BWB diese Informationen aber offenbar auch weiterhin ihrerseits veröffentlicht, wird das Bedürfnis an einer Mehrfachver-

öffentlichung zu hinterfragen sein. Diesbezügliche Rahmenbedingungen auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen, erscheint wünschenswert. Es wäre überdies wünschenswert, wenn die BWB zukünftig auf ihrer Website auch auf Veröffentlichungen der Entscheidungen des Kartellgerichts und des Kartellobergerichts gemäß § 37 KartG hinweist.

Frage 8: Wird Ihrer Ansicht nach § 37 KartG eine Verbesserung hinsichtlich der Transparenz bringen?

Die Änderung des § 37 KartG ist grundsätzlich als klare Verbesserung gegenüber der alten Rechtslage anzusehen. Die Veröffentlichungen nach § 37 KartG sollten dabei jedoch zeitnah erfolgen, wobei eine Beschleunigung gegenüber der bisher zeitlich deutlich verzögerten Veröffentlichung von Entscheidungen des Kartellobergerichts im RIS wünschenswert wäre.

Hinsichtlich der Ausnahmebestimmung in § 37 Abs 2 KartG erscheint uns – bei Wahrung von berechtigten Geheimhaltungsinteressen der beteiligten Unternehmen und Dritter – eine eher restriktive Auslegung (beispielsweise orientiert an der Kommissionspraxis zu „confidentiality claims“) geboten. Wichtige Informationen über den festgestellten Verstoß sollten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, nicht zuletzt um Geschädigte auch praktisch in die Lage zu versetzen, mögliche Schadenersatzansprüche zu verfolgen.

Frage 9: Wäre es aus Ihrer Sicht zweckmäßig, wenn die BWB, ähnlich der EU- Kommission, Leitlinien in verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Problembereichen veröffentlichen würden, die Unternehmen und die interessierte Öffentlichkeit größere Rechtssicherheit über das mögliche künftige Behördenhandeln bringen könnte?

Veröffentlichungen der BWB zu verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Problembereichen halten wir grundsätzlich für zweckmäßig und der Rechtssicherheit dienlich. Dies würde insbesondere ermöglichen, für Unternehmen als Normadressaten eine größere Transparenz und Determinierbarkeit des behördlichen Handelns zu schaffen. Vor der Veröffentlichung derartiger Leitlinien/Standpunkt sollte sich die BWB dabei an der Praxis der Europäischen Kommission oder des Bundeskartellamts orientieren, indem ein öffentliches Konsultationsverfahren unter Einbeziehung aller Interessierter (Marktteilnehmer und Interessensvertreter ebenso wie Vertreter von Lehre, Kartellgericht oder Praktiker [z.B. Studienvereinigung] sowie nicht zuletzt des Bundeskartellanwalts) der Verabschiedung vorausgeht.

Eine Veröffentlichung von Leitlinien/Standpunkten der BWB ohne öffentliche Konsultation halten wir dagegen für nicht zweckmäßig. Ein

breiter sachlicher Diskurs vor dem Erlass von Leitlinien/Standpunkten dient dabei insbesondere auch der Vermeidung von möglichen Unklarheiten.

Soweit solche Veröffentlichungen nicht Materien betreffen, bei denen der BWB eine (unmittelbare) Entscheidungsbefugnis zukommt, erscheint es sinnvoll, diese als „Standpunkte“ (und nicht als „Leitlinien“) zu bezeichnen. Dadurch wird klar zum Ausdruck gebracht, dass eine Veröffentlichung ausschließlich die Ansicht der BWB wiedergibt und die Entscheidungen des Kartell(ober)gerichts nicht präjudiziert.

2.2. Sachverständige:

Frage 10: In praktisch allen Verfahren vor dem Kartellgericht spielt der Sachverständigenbeweis eine entscheidende Rolle. Wie beurteilen Sie im europäischen Kontext die Einbindung der Sachverständigen in die Kartellgerichtsbarkeit (1 = sehr gut, 5 = nicht zufriedenstellend). Sehen Sie Optimierungsmöglichkeiten? Sehen Sie Alternativen zum gegenwärtigen System?

Die regelmäßige Beauftragung von Gerichtssachverständigen durch das Kartellgericht zu ökonomischen Fragestellungen ist zu begrüßen. Dies führt nach Wahrnehmung der Studienvereinigung dazu, dass die Entscheidungen des Kartellgerichts aus wettbewerbsrechtlicher Sicht auf eine fundierte wettbewerbsökonomische Basis gestellt werden und damit letztlich zu inhaltlich richtigeren Entscheidungen. Gerade im Lichte des „more economic Approach“, der sich im europäischen Kartellrecht durchgesetzt hat, ist die Beiziehung von ökonomischer Expertise durch das Kartellgericht geboten. Vor diesem Hintergrund ist die „Einbindung“ der (Gerichts-)Sachverständigen in die Kartellgerichtsbarkeit positiv zu beurteilen.

Allerdings bestehen in der Wahrnehmung der Studienvereinigung zweifellos Optimierungsmöglichkeiten. Kritikwürdig sind nach Auffassung der Studienvereinigung vor allem die Modalitäten des Sachverständigenverfahrens, das häufig mit dem Schlagwort „black-box“ Verfahren zutreffend bezeichnet wird.

Anzuführen ist hier insbesondere der häufig intransparente Verfahrenfortgang, bei dem die Verfahrensparteien über wesentliche Punkte der Arbeit des Sachverständigen im Dunkeln gelassen werden. Etwa fehlt es an einer einheitlichen Praxis des Kartellgerichts, zur Frage, ob bzw wie die Parteien vor/anlässlich der Festlegung des Gutachtensauftrags beizuziehen sind. Eine gemeinsame Erörterung mit den Parteien (zumindest) zur anwendbaren Methodik wäre in vielen Fällen aus

verfahrensökonomischen Gründen (sowie Kosten- und Zeiterwägungen) zu begrüßen. Diesen Überlegungen trägt das Kartellgericht nicht immer Rechnung, wenn es – ohne „Anhörung“ der Parteien – dem (Gerichts-)Sachverständigen bloß im Rahmen des Beststellungsbeschlusses die Fragen, zu denen Befund und Gutachten zu erstatten sind, mitteilt.

Auch die (häufig unterlassene) Erörterung des vom Sachverständigen aufgenommenen Befunds bzw. Sachverhalts mit den beteiligten Unternehmen könnte zu einer effizienten Verfahrensführung beitragen und ist wohl unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs geboten. Dazu kommt, dass vereinzelt keine mündlichen Verhandlungen zur Gutachtenserörterung ausgeschrieben werden, sondern den Unternehmen bloß Gelegenheit gegeben wird, schriftlich zum Gutachten Stellung zu nehmen.

All dies führt in der Praxis dazu, dass es maßgeblich auf die Person des (Gerichts-)Sachverständigen und dessen Bereitschaft, die Verfahrensparteien zu treffen, ankommt, um zu gewährleisten, dass die Parteien in die Gutachtenserstattung eingebunden sind.

Einhergehend mit der Praxis des Kartellgerichts, den Gutachtensauftrag denkbar weit zu fassen, und der Tendenz des Kartellgerichts, dem Ergebnis des Gutachtens zu folgen, führt dies zu einer bedenklichen Einengung des rechtlichen Gehörs der Parteien im Verfahren. Dies wiegt umso schwerer, als das Sachverständigen-Gutachten im Rechtsmittelweg praktisch nicht mehr bekämpfbar ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen wir auf die Beantwortungen zur Frage 26 und 36 (und insbesondere zur Anregung, im KOG Verfahren auch Tatsachen bekämpfen zu können).

Aus Sicht der Studienvereinigung würde es sich vor diesem Hintergrund empfehlen, das Sachverständigenverfahren im kartellgerichtlichen Verfahren (z.B. Festlegung des Verfahrensprogramms und des Gutachtensauftrags, Gehör der Parteien) gesetzlich näher zu determinieren, statt dieses – wie dies in der derzeitigen Praxis gehandhabt wird – einzelfallbezogen dem Gutdünken des Sachverständigen zu überlassen.

Zum Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht und Kartellökonomie (nach-)lesenswert erscheint die dissenting opinion von Judge Breyer im „Leegin“-Urteil des US-Supreme Courts vom 28.06.2007 (Seite 8) und die Ausführungen zu den mit Sachverständigen-Gutachten verbundenen „Rechtsanwendungskosten“ von „Schwaderer, in: WuW 6/2008, 653ff [658f]“.

Frage 11: Die Kommission führt in ihren "Best Practices for the submission of economic evidence and data collection" Folgendes aus:

„Economic analysis needs to be framed in such a way that the Commission and the EU Courts can understand and evaluate its relevance and significance.“

As an administrative authority the Commission is required to take a decision within an appropriate or sometimes a statutory time limit. It is therefore necessary to: (i) ensure that economic analysis meets certain minimum technical standards at the outset, (ii) facilitate the effective gathering and exchange of facts and evidence, in particular any underlying quantitative data, and (iii) use in an effective way reliable and relevant evidence obtained during the administrative procedure, whether quantitative or qualitative.”

Würden Sie es für sinnvoll erachten, solche Standards für den Sachverständigenbeweis im Rahmen des österreichischen Kartellverfahrens zu entwickeln?

Hintergrund der „Best Practices“ der Kommission ist, dass die Kommission häufig (v.a. in Zusammenschlussverfahren) umfangreiche Wirtschaftsdaten anfordert, und die Parteien vielfach auf komplexen Wirtschaftstheorien basierende Argumente geltend machen und empirische Analysen übermitteln. Mit den „Best Practices“ möchte die Kommission die Einreichung und Bewertung derartigen Beweismaterials vereinfachen. Ähnlich ist das Hauptziel des vom deutschen Bundeskartellamt veröffentlichten Merkblatts zu „Standards für ökonomische Gutachten“ (Oktober 2010) qualitative Mindestanforderungen für Privatgutachten aufzustellen.

In Österreich ist und wird nach Wahrnehmung der Studienvereinigung das Gerichtssachverständigengutachten primäres Beweismittel bleiben, zumal „Privatgutachten“ der Parteien bei der Beweiswürdigung häufig ein geringerer Stellenwert eingeräumt wird. Für Gutachten von Gerichtssachverständigen sind freilich bereits derzeit „Mindestanforderungen“ anerkannt, wie bspw der Grundsatz der Schlüssigkeit und der Grundsatz der Verständlichkeit und Lesbarkeit.

Vor diesem Hintergrund sind Standards, wie sie von der Kommission verlangt werden, nach Auffassung der Studienvereinigung grundsätzlich auch für das österreichische Verfahren zu begrüßen, weil sie den Verfahrensparteien eine Richtschnur des von ihnen (allenfalls) vorgelegten „ökonomischen Beweismaterials“ geben würden. Aufgrund der geringen praktischen Bedeutung für das österreichische Kartellverfahren ist die Umsetzung solcher Standards jedoch eher nachrangig. Es kann daher (vorerst) auch dahinstehen, auf welche Weise eine „Kodifizierung“ solcher Standards bestmöglich erfolgen könnte (zumal ein den „Best Practices“ der Kommission vergleichbares „soft law“ in Österreich nur schwer vorstellbar ist).

2.3. Verfahren bei Hausdurchsuchungen:

Frage 12: Wie wird sich Ihrer Meinung nach die Neuregelung nach dem KaWeRÄG 2012 in der Praxis auswirken, welche Maßnahmen sind begleitend zu setzen, um auch die berechtigten Interessen der Beteiligten (Unternehmen, MitarbeiterInnen) zu wahren?

Ein Ziel der Novellierung des WettbG war die Anpassung der Ermittlungsbefugnisse der BWB an jene der EU Kommission nach der VO 1/2003. Dieses Ziel wurde nicht oder nur sehr beschränkt erreicht – es gibt weiterhin erhebliche Unterschiede. So ist etwa eine Berufung auf das Anwaltsprivileg auch in Zukunft nur bei Hausdurchsuchungen durch die EU Kommission ausdrücklich anerkannt, während umgekehrt ein Beschlagnahmerecht nur im Rahmen von Hausdurchsuchungen der BWB besteht (vgl. dazu näher unten).

Die Unterschiede schaffen Rechtsunsicherheit für betroffene Unternehmen und deren Mitarbeiter. Im Einzelfall drohende strafrechtliche Verantwortung dürfte dies verstärken (zu denken ist an Anzeigen durch die BWB wegen Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 269 StGB).⁸⁾

Vor diesem Hintergrund meinen wir, dass insbesondere folgende ergänzende Maßnahmen zur Wahrung der berechtigten Interessen der Beteiligten (Unternehmen, MitarbeiterInnen) zu setzen sind

(1) Pflicht zur Rechtsbelehrung

- (i) Freiwillige Nachschau (§ 11a Abs 2 und 3 WettbG) vs. Hausdurchsuchung mit kartellgerichtlichem Hausdurchsuchungsbefehl (§ 12 WettbG): Diese beiden Ermittlungsbefugnisse unterscheiden sich ganz erheblich in Ihrer Wirkung. Denn hat das betroffene Unternehmen die „Freiwillige Nachschau“ erst einmal geduldet, liegt nach der Rechtsprechung des KOG kein Eingriff vor, die Einschränkungen des Kartellgesetzes (gemeint wohl des Wettbewerbsgesetzes, Anm.) gelten nicht mehr.⁹ Damit bewirkt die Duldung der freiwilligen Nachschau (im Unterschied zur Duldung einer Hausdurchsuchung nach § 12 WettbG) einen umfassenden Verzicht auf die dem Unternehmen grundsätzlich während der Hausdurchsuchung zustehenden Rechte. Trotz dieser erheblichen Eingriffsintensität trifft die BWB in diesem Zusammenhang nach § 11a bzw § 12 WettbG bislang keine ausdrückliche Belehrungspflicht. Zwar sollte eine solche grundsätzlich

8] Vgl 1804 BlgNR XXIV. GP 16.

9] Vgl KOG 20.12.2011, 16Ok7/11.

bereits heute aus § 13a AVG¹⁰ abgeleitet werden (der auch von der BWB anzuwendenden ist¹¹). Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung könnte die Rechtssicherheit aber erheblich verbessern.

- (ii) Beiziehung eines Rechtsbeistands / Rechtsberatung. Nach § 12 Abs 4 WettbG hat der Betroffene das ausdrückliche Recht, bei der Durchsuchung eine Person seines Vertrauens hinzuzuziehen. Vor diesem Hintergrund sollten Hausdurchsuchungen erst nach dem Eintreffen des Rechtsanwalts (bzw. zumindest dem Abwarten einer angemessenen Zeitspanne für dessen Anfahrt) beginnen. Das Zuwarten könnte – ähnlich wie in der Praxis der EU Kommission – davon abhängig gemacht werden, dass sich die Mitarbeiter der BWB schon frei im Unternehmen bewegen/verteilen dürfen und das Unternehmen zusichert, keine Unterlagen zu beseitigen oder sonstige für die Ermittlungen nachteiligen Schritte zu setzen. Die Unternehmen sollten zur Wahrung ihres Rechtsschutzes jedenfalls von der BWB auch in dieser Hinsicht über ihr Recht auf Beiziehung eines Rechtsbeistands informiert werden.

(2) Anwaltsprivileg:

Wir meinen, dass auch bei Hausdurchsuchungen der BWB in Österreich das auf EU-Ebene (und in vielen anderen Jurisdiktionen) seit langem anerkannte Anwaltsprivileg Geltung haben soll. Eine Gesetzesänderung ist dazu nicht zwingend erforderlich. Denn im österreichischen Recht kann das Anwaltsprivileg unmittelbar aus dem im Verfassungsrang stehenden Art 6 EMRK (Fair Trial Prinzip, Selbstbelastungsverbot) abgeleitet werden. Im Sinne der Rechtssicherheit und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (in Einzelfällen wurde in der Vergangenheit das Anwaltsprivileg „unpräjudiziell“ von der BWB anerkannt) wäre eine entsprechende Klarstellung durch die BWB notwendig, allenfalls auch mit einer Verordnung nach Art 18 Abs 2 B-VG möglich.¹² Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Überlegungen zu einem Handbuch für Hausdurchsuchungen (unten Punkt 6).

10] Hhh § 13a AVG: Die Behörde hat Personen, die nicht durch berufsmäßige Parteienvertreter vertreten sind, die zur Vornahme ihrer Verfahrenshandlungen nötigen Anleitungen in der Regel mündlich zu geben und sie über die mit diesen Handlungen oder Unterlassungen unmittelbar verbundenen Rechtsfolgen zu belehren.

11] Vgl § 11 Abs 2 WettbG.

12] Art 18 Abs 2 B-VG: Jede Verwaltungsbehörde kann auf Grund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbereiches Verordnungen erlassen.

(3) Befragung von Vertretern oder Mitarbeitern des Unternehmens:

Durch die Novellierung wurde das Recht der BWB zur Durchführung von Befragungen inhaltlich an jenes der EU Kommission angepasst. Diese Befragungsmöglichkeit ist aber insofern problematisch als in der ohnedies schon psychologisch angespannten Situation einer Hausdurchsuchung die Vertreter und Mitarbeiter des Unternehmens unter Umständen nicht genug Zeit haben sich mit einer Frage entsprechend auseinander zu setzen oder sich ihrer Rechte und Pflichten sowie der Konsequenzen bezüglich derartiger Auskünfte nicht bewusst sind. Es wird daher insbesondere darauf zu achten sein, dass die Rechte der betreffenden Personen durch die BWB entsprechend gewahrt werden und ihnen auch der Kontext der genauen Fragestellung näher gebracht wird, bevor sie antworten sollen. Es wird daher zu verlangen sein, dass die BWB hier mit besonderer Umsicht vorgeht. Denn anders als auf EU-Ebene sieht das WettbG keine (förmliche) Möglichkeit für das Unternehmen vor, von der BWB protokollierte Aussagen von Mitarbeitern binnen angemessener Frist richtig stellen bzw. ergänzen zu können. Es dürfte sich anbieten, ein dem Art 4 Abs 3 VO 773/2004 nachgebildetes Verfahren einzuführen.¹³ Anzumerken ist auch, dass eine Bescheiderlassung gemäß § 11a Abs 3 WettbG im Kontext einer Hausdurchsuchung zur Erzwingung von Erläuterungen nicht möglich sein wird, zumal eine entsprechende Leistungsfrist vorzusehen wäre, was im Zeitrahmen einer Hausdurchsuchung kaum praktisch ist. Das bedeutet, dass sowohl Vertreter als auch Mitarbeiter des Unternehmens die sofortige Beantwortung verweigern können. Im Falle einer Antwort, die erteilt wird, darf diese im Sinne des § 11a Abs 5 WettbG nicht unrichtig oder irreführend sein.

(4) Einvernahme von Zeugen (insb. per Ladungsbescheid); Anwesenheit eines Rechtsbeistands:

Nach § 10 Abs 5 AVG¹⁴ können sich die „Beteiligten“ eines Rechtsbeistandes bedienen und auch in seiner Begleitung vor der Behörde erscheinen. Auch für Personen, die als bloße „Zeugen“ einvernommen werden (z.B. MitarbeiterInnen) sollte aber die Möglichkeit bestehen, einen Rechtsanwalt bei der Einvernahme beizuziehen. Auch die Rechtsprechung zum AVG

13] Würde ein Mitglied der Belegschaft eines Unternehmens um Erläuterungen gebeten, das seitens des Unternehmens nicht ermächtigt ist oder war, Erläuterungen in seinem oder ihrem Namen abzugeben, setzt die Kommission eine Frist, innerhalb deren das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung der Kommission Richtigstellungen, Änderungen oder Zusätze zu den Erläuterungen dieses Belegschaftsmitglieds übermitteln kann. Die Richtigstellungen, Änderungen oder Zusätze werden den aufgezeichneten Erläuterungen beigelegt.

14] Ist auch von der BWB anzuwenden (vgl. § 10 Abs 2 WettbG).

hat unter bestimmten Umständen die Möglichkeit der Beiziehung eines Rechtsanwalts durch einen Zeugen anerkannt.¹⁵ Ebenso darf der Zeuge im Strafrecht nach § 160 StPO eine Vertrauensperson beiziehen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb das im Rahmen der Einvernahme durch die BWB anders sein soll. Denn auch im Rahmen eines kartellrechtlichen Ermittlungsverfahrens kann sich ein Zeuge durch seine Aussagen allenfalls der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen (Submissionskartell).

(5) Versiegelung von Räumlichkeiten und Beschlagnahme von Beweismitteln (§ 12 Abs 4 WettbG):

Die Versiegelung von Räumlichkeiten wurde bereits bisher in der Praxis geübt und hierzu ist es positiv, dass das Gesetz nun eine explizite Regelung trifft. Wichtig wird sein, dass die Versiegelung nur vorgenommen wird, insofern dies unbedingt erforderlich ist, d.h. die Hausdurchsuchung ansonsten nicht entsprechend durchgeführt werden kann (insbesondere wenn sie über mehrere Tage andauert). Weiters wird auch darauf zu achten sein, dass aufgrund der Strafdrohung im Falle des Siegelbruchs, das Siegel entsprechend angebracht wird, sodass ein Siegelbruch jedenfalls deutlich erkennbar ist und es hier nicht zu Missverständnissen kommen kann. Die Begründung für die Versiegelung wie auch die genauen Umstände der Versiegelung (zB welche Unterlagen in dem versiegelten Raum aufbewahrt werden), sind im Protokoll entsprechend festzuhalten. Die Dauer der Versiegelung ist so kurz wie möglich anzusetzen. Man darf nicht vergessen, dass die Versiegelung von Räumlichkeiten regelmäßig auch den Geschäftsbetrieb eines Unternehmens beeinträchtigt und schon aus diesem Grund die BWB zu einem Vorgehen verpflichtet ist, welches möglichst wenig in die Rechtsposition des Unternehmens eingreift.

Die nun neu ins Gesetz eingefügte Möglichkeit der Beschlagnahme von Beweismitteln ist ein weitgehender Eingriff in die Eigentums- und Persönlichkeitsrechte des Unternehmens. Hier besteht zudem eine noch größere Gefahr der Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes. Das könnte insbesondere bei der Beschlagnahme von Unterlagen in elektronischer Form, wenn diese in Bausch und Bogen erfolgt (und zB eine gesamte Festplatte beschlagnahmt wird) der Fall sein. Die Beschlagnahme ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nur für die Dauer der Hausdurchsuchung zulässig. Es ist darauf zu achten, dass die Beschlagnahme möglichst kurz erfolgt und nur dann, wenn gelindere Mittel, wie z.B. die sofortige Einsichtnahme oder das Kopieren der Unterlagen bzw der relevanten Dateien nicht in

15] Hengstschläger/Leeb, AVG Kommentar § 50 Rz 7 mwN.

Frage kommt und auch eine Versiegelung nicht in Betracht kommt. Auch hier ist darauf zu achten, dass die genauen Umstände und der Umfang der Beschlagnahme im Protokoll klar dargestellt sind.

(6) Handbuch:

Ähnlich wie die EU Kommission sollte die BWB ein „Handbuch für Hausdurchsuchungen“ (allenfalls unter Beteiligung der interessierten Kreise) erarbeiten und Online zur Verfügung stellen. Dazu bedarf es keiner Änderung des geltenden Rechts (vgl. nur die Verordnungsermächtigung der BWB im eigenen Wirkungsbereich nach Art 18 Abs 2 B-VG).

Frage 13: In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass Unternehmen vom umfassenden Widerspruchsrecht überschießend Gebrauch gemacht haben. Dies hat zu einer Verfahrensergänzung des § 12 Abs 5 WettbG geführt. Trägt diese Regelung Ihrer Ansicht nach dem Gebot der Rechtssicherheit der Unternehmen einerseits und der Effizienz der Vollzugshandlungen andererseits in ausgewogener Weise Rechnung?

Die massive Einschränkung des Widerspruchsrechts in § 12 Abs 5 WettbG gegenüber der alten Rechtslage ist problematisch. De facto ist das Widerspruchsrecht auf sehr wenige Fälle beschränkt, die zudem kaum praktische Bedeutung haben. Es ist zwar richtig, dass das bisherige Widerspruchsrecht nach der alten Rechtslage wenig konkret war und besonders für das Kartellgericht mitunter erhebliche Belastungen mit sich brachte. Allerdings ist es unbefriedigend, dass nun zB im Falle einer Überschreitung des Hausdurchsuchungsbefehls oder auch im Falle eines mangelhaften Hausdurchsuchungsbefehls ein Widerspruch überhaupt nicht möglich sein soll. Nach der bisherigen Judikatur würde nur ein Beweisverwertungsverbot greifen. Das ist problematisch. Obwohl die betreffenden Beweismittel zwar nicht zur Begründung eines Geldbußenbeschlusses verwendet werden dürfen, können sie als Anlass genommen werden, weitere Ermittlungen der Behörde durchzuführen. Zudem müssen sie nicht sofort zurückerstattet werden.

Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass die BWB die Einsichtnahme etwa in „Bausch und Bogen“ kopierte Unterlagen (insbesondere, wenn eine Festplatte zur Gänze kopiert wurde) nur im Beisein eines Unternehmensvertreters durchführen können soll. Mit dieser Lösung wäre auch der Einklang mit der Praxis der Europäischen Kommission hergestellt (eines der Ziele der letzten Reform).¹⁶ Nur auf diese Art ist ferner gewährleistet,

16] Vgl Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under

dass ein etwaiges Widerspruchsrecht bzgl. dieser Unterlagen auch entsprechend wahrgenommen werden kann. Um die Befürchtung auszuräumen, dass das Widerspruchsrecht undifferenziert oder ausufernd in Anspruch genommen wird, könnten die Vorkehrungen des geltenden § 12 Abs. 5 und 6 WettbG auch auf die Fälle der Überschreitung des Hausdurchsuchungsbefehls oder eines mangelhaften Hausdurchsuchungsbefehls Anwendung finden. Das heißt, das betroffene Unternehmen könnte das Widerspruchsrecht nur im Hinblick auf einzeln bezeichnete Unterlagen geltend machen. Im Gesetzwerdungsprozess für das KaWeRÄG war dies zunächst wohl auch vorgesehen.

Auf der Ebene der Rspr. wäre bereits nach der geltenden Rechtslage zu überlegen, ob nicht Nichtigkeit eintritt, wenn der Hausdurchsuchungsbefehl überschritten wird oder dieser mangelhaft ist. Diese Nichtigkeit hätte zur Folge, dass die Beweisergebnisse keinesfalls und zu keinem Zweck verwendet werden dürfen. Darüber hinaus müssten die überschießenden Beweisergebnisse und Beweismittel dem beteiligten Unternehmen sofort zurückerstattet werden.

Die Praxis wird zeigen, wie mit dem neuen zur Zeit geltenden System umgegangen wird. Man darf in diesem Kontext nicht vergessen, dass nach dem neuen System eine gewichtige Problematik besteht. Mängel der Hausdurchsuchung bzw des Hausdurchsuchungsbefehls werden zwar jetzt nicht mehr ex ante, sondern ex post durch das Kartellgericht geprüft. Das bedeutet aber auch, dass zuerst ein langes Verfahren geführt wird, bevor überhaupt klar ist, ob die betreffenden Beweismittel verwertbar sind. Dass dadurch möglicherweise sehr viel frustrierter Aufwand entsteht, ist die negative Seite der ex-post Prüfung. Auch aus diesem Grund sollte de lege ferenda überlegt werden, doch wieder ein erweitertes Widerspruchsrecht einzuführen, das Aspekte der alten und neuen Rechtslage wie oben dargestellt kombiniert: d.h. Widerspruchsrecht im Fall der Überschreitung des Hausdurchsuchungsbefehls oder im Falle eines mangelhaften Hausdurchsuchungsbefehls, wobei jedoch im Rahmen des Widerspruchs die Unterlagen einzeln bezeichnet werden müssen und zu jeder dieser Unterlagen angegeben werden muss, weshalb sie nicht der Hausdurchsuchung unterliegt. Das Kartellgericht würde dann schon entsprechend aufbereitete Widersprüche erhalten und wäre daher insofern weniger belastet.

Article 20(4) of Council regulation No 1/2003, Rz 12 – 14.

2.4. Rechtskontrolle für den Kronzeugenstatus:

Frage 14. Wie bewerten Sie die gegenwärtige Ausgestaltung der nationalen Kronzeugenregelung in der Änderung durch das KaWerÄG 2012? Sehen Sie hier Verbesserungsbedarf auch in Hinblick auf die Kohärenz mit anderen Strafrechtsbereichen nach Einführung des § 209b StPO?

Die Angleichung der Voraussetzungen für die Erlassung bzw. Minderung von Geldbußen im Bereich der österreichischen Kronzeugenregelung an das ECN- Kronzeugenmodell ist – insbesondere vor dem Hintergrund der in der Praxis üblichen simultanen Antragstellung auf Erteilung des Kronzeugenstatus vor nationalen Behörden einerseits und der Europäischen Kommission andererseits – grundsätzlich zu begrüßen.

Die Neuregelung in § 11 Abs 3 Z 1 WettbG ist insoweit im Vergleich zur Regelung auf EU-Ebene missglückt, als die beiden Varianten nach dem Gesetzeswortlaut auf zwei unterschiedliche Unternehmen zutreffen können, nämlich dann, wenn ein Unternehmen als Erstes/Erster hinreichende Anhaltspunkte für einen bloß „begründeten Verdacht“ iSv § 12 WettbG liefert und ein anderes Unternehmen, zeitlich versetzt, als Erstes so schwerwiegende Beweise vorlegt, die einen Bußgeldantrag iSv § 29 Abs 1a KartG ermöglichen. Ebenso käme ein völliger Bußgelderlass in Frage, wenn ein Unternehmen, erst nach einer Beschwerde eines Dritten, die einen begründeten Verdacht iSv §12 WettbG begründet, voll kooperiert und hinreichende Beweise für einen Bußgeldantrag vorlegt.

Interessant ist auch, dass die neue Kronzeugenregelung aufgrund der Formulierung des § 11 Abs 3 Z 1 lit b WettbG – wohl ungewollt – neben Horizontal- und Vertikalverstößen nun auch Missbrauchsfälle und die verbotene Durchführung von Zusammenschlüssen erfasst.

Klarstellungsbedarf besteht unseres Erachtens auch im Hinblick auf das Verhältnis zu § 209 b StPO.

Allgemein ist zu beanstanden, dass die Schnittstellen zwischen Wettbewerbs- und Strafrecht (noch) nicht ausreichend klar geregelt sind. Offenkundig ist aber, dass jegliche Unklarheiten im Zusammenhang mit der Kronzeugenregelung zu Lasten deren Effizienz gehen. Vor diesem Hintergrund scheint eine weitere Annäherung des wettbewerbsrechtlichen und des strafrechtlichen Regelungsregimes erforderlich. Anzudenken wäre, die strafrechtlichen Aspekte, die bei Kartellfällen auftreten können, unter Einbindung der Staatsanwaltschaften im Kronzeugenhandbuch einfließen zu lassen (zB bei welchen Konstellationen erstattet die BWB zu welchem Zeitpunkt eine Anzeige an die Staatsanwaltschaft).

Klarstellungen wären insb auch im Hinblick auf sich zeitlich „überschneidende“ Anträge von verschiedenen Rechtssubjekten vor der BWB einerseits und dem Bundeskartellanwalt andererseits begrüßenswert. So ist es grundsätzlich denkbar, dass eine natürliche Person (beispielsweise ein ausgeschiedener Mitarbeiter) im Alleingang und ohne Wissen „ihres“ Unternehmens Erklärungen gegenüber dem Bundeskartellanwalt abgibt, bevor dieses Unternehmen seinerseits einen Kronzeugenantrag eingebracht hat. Auch in diesem Zusammenhang wären Klarstellungen im Handbuch gemäß 11 Abs 5 WettbG zu begrüßen, um derartige Unklarheiten auszuräumen und die Effektivität der Kronzeugenregelung zu sichern.

Ebenso im Hinblick auf § 209b Abs 3 StPO wäre eine Beseitigung bestehender Unklarheiten wünschenswert. Die Bestimmung sieht vor, dass auch im Verfahren gegen Verbände nach dem VerbVG, also im strafrecht-sähnlichen Verfahren gegen das Unternehmen selbst, nach § 209 b StPO vorzugehen ist. Dies verwundert insofern, da gegen das Unternehmen ja ohnehin ein Kartellverfahren geführt wird. Dass einem solchen strafrecht-sähnlicher Charakter zukommt¹⁷ und dieses in den Anwendungsbereich von Art 6 EMRK¹⁸ fällt, steht mittlerweile außer Diskussion¹⁹.

Aufgrund des Doppelbestrafungsverbots gemäß Art 4 7. ZP EMRK muss ein rechtskräftiger Abschluss eines Kartellverfahrens dazu führen, dass die an diesem Kartellverfahren beteiligten Unternehmen nicht mehr nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz bestraft werden dürfen. Da das Doppelbestrafungsverbot ebenso ein Doppelverfolgungsverbot²⁰ enthält, muss dies uneingeschränkt auch für solche Unternehmen gelten, denen gegenüber die Geldbuße erlassen wurde.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, auf welche Fälle § 209 Abs 3 StPO überhaupt abzielt, wenn er die analoge Anwendung des Rücktritts von der Verfolgung wegen Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung auch auf Verbände – also Unternehmen – anordnet. Denn auch Kronzeugen, die Partei eines Kartellverfahrens sind, gegen die aber keine Geldbuße verhängt wird, profitieren von der Sperrwirkung des Art 4 7. ZP EMRK. Eine Bestrafung von Kronzeugen unter dem Regime des Verbandsverantwort-

17] OGH als KOG 25.03.2009, 16 Ok 4/09.

18] Meyer in Mayer et.al., EMRK-Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, Art 6 Rz 29; Lorenzmaier, Kartellrechtliche Geldbußen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZIS 2008, 20 (28).

19] Zuletzt Schlussanträge der GA Kokott vom 28.02.2013, Rs C-681/11, Schenker und Co AG u.a, Rz 40.

20] Schmid, Grundrechte im strafgerichtlichen Verfahren, RZ 2009, 153 (157).

lichkeitsgesetzes nach rechtskräftigem Abschluss des Kartellverfahrens hat daher auszuscheiden.

Auch eine Bestrafung eines potentiellen Kronzeugen unter dem VerbVG vor rechtskräftigem Abschluss des Kartellverfahrens wäre systemwidrig. Darüber hinaus müsste der rechtskräftige Abschluss eines solchen Verfahrens dazu führen, dass eine Sperrwirkung im Sinne des Doppelbestrafungsverbots im Hinblick auf das Kartellverfahren eintritt.

Auch diese Unklarheiten im Verhältnis zwischen der Kronzeugenregelung nach § 11 WettbG und dem strafrechtlichen Kronzeugenregime in Bezug auf kartellrechtliche Zuwiderhandlungen nach § 209b StPO können dazu führen, dass Unternehmen, die die Stellung eines Kronzeugenantrags in Erwägung ziehen, letztlich davon Abstand nehmen könnten. Da dies wiederum zu einer Schwächung der Effizienz der Kartellrechtsdurchsetzung führen würde, ist die baldige Beseitigung dieser Unklarheiten wünschenswert.

2.5. Geldbußenverfahren:

Im Rahmen des KaWeRÄG 2012 wurden konkrete Strafzumessungskriterien im Rahmen des kartellgerichtlichen Geldbußenverfahrens eingeführt.

Frage 15: Sehen Sie weiteren Handlungsbedarf in Hinblick auf die rechtsstaatliche Ausgestaltung des diesbezüglichen Verfahrensrechtes?

Nach den legislatischen Verbesserungen des KaWeRÄG 2012 sehen wir nun den dringenden Bedarf, das Geldbußenverfahren des KartG „mit Leben zur erfüllen“. Für die rechtsstaatliche Ausgestaltung des kartellrechtlichen Geldbußenverfahrens, insbesondere die Vorhersehbarkeit von Geldbußen und deren Höhe, ist eine transparente kartellgerichtliche Rechtsprechung essenziell. Die mit § 37 KartG eingeführte Veröffentlichung rechtskräftiger Entscheidungen des Kartellgerichts ist hier nur dann hilfreich, wenn die Entscheidungen des Kartellgerichts – im Anschluss an die Bußgeldanträge der BWB – ausführliche Erwägungen zur Höhe der Sanktion beinhalten, wie dies zB in Bußgeldbeschlüssen der Europäischen Kommission der Fall ist. Die in Frage 16 angesprochene, jüngste Settlement-Praxis führt aber im Ergebnis dazu, dass kartellgerichtlichen Bußgeldentscheidungen kaum verallgemeinerungsfähige Aussagen zur Bußgeldberechnung entnommen werden können. Dies betrifft aktuell insbesondere den Bereich vertikaler Verstöße, deren intensive Verfolgung und Bebußung ein junges und schwer vorhersehbares Phänomen – nicht nur –des österreichischen Kartellrechtsvollzuges sind.

Ein weiterer Aspekt, der uns aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten wünschenswert erschiene, wäre die Klarstellung einer generellen Verpflichtung der BWB, vor Einleitung eines Geldbußenverfahrens (und insb auch vor Beginn etwaiger Settlement-Gespräche; vgl dazu Frage 16) förmliche Beschwerdepunkte an den Antragsgegner zu richten.

2.6. Settlement-Verfahren:

Frage 16: Das KaWeRÄG 2012 hat keine wesentlichen Änderungen betreffend die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Geldbußenverfahrens gebracht. Sollte Ihrer Meinung nach hier nachgebessert werden, wenn ja, welche Maßnahmen könnten dazu beitragen, das Geldbußenverfahren transparenter zu gestalten?

Die gegenwärtige Form der Settlements birgt eine Anzahl (rechtsstaatlicher) Defizite. Nicht alle der möglichen Kritikpunkte eignen sich für eine explizite gesetzliche (Neu-) Regelung, doch soll an dieser Stelle neben künftigen Gestaltungsoptionen auch eine allgemeine Betrachtung des derzeitigen Entwicklungsstandes in diesem Bereich Berücksichtigung finden.

Vor dem Hintergrund einer möglichen Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte wäre eine „Mitteilung der Beschwerdepunkte“ vor Abschluss der Settlement- Gespräche bzw eine Offenlegung der Ermittlungsergebnisse seitens der BWB als Grundlage für den Eintritt in Settlement-Verhandlungen wünschenswert. Selbst bei vollwertigen Bußgeldverfahren vor dem Kartellgericht dürfte die BWB inzwischen dazu übergegangen sein, vor Stellung eines Bußgeldantrags ihre Ermittlungsergebnisse in Form von Beschwerdepunkten an die künftigen Antragsgegner zu richten. Dies müsste zur Wahrung der Verteidigungsrechte und eines „due process“ umso mehr gelten, wenn kein vollwertiges Gerichtsverfahren (mit ausreichendem rechtllichem Gehör) durchgeführt wird. Immerhin wird für den Abschluss eines Settlements ein Zugeständnis des Unternehmens im Hinblick auf den inkriminierten Sachverhalt gefordert – ohne fundierte Kenntnis zu den Vorwürfen der Amtsparteien und Gelegenheit zur Äußerung wirft ein solches „Geständnis“ allerdings massive rechtsstaatliche Bedenken auf.

Erhebliche Bedeutung hat auch die saubere systematische Abgrenzung der Settlements von Kronzeugen-Fällen zur Geldbußenreduzierung (also in jenen Fällen, wo ein Erlass der Geldbuße nicht mehr in Frage kommt) – seit die BWB Settlements anstrebt und dafür Geldbußenminderungen in Aussicht stellt, spielt es für Unternehmen eine große Rolle zu wissen, zu welchem Verfahrenszeitpunkt und unter welchen Bedingungen

welches der beiden Kooperations-Instrumente zur Verfügung steht und welche Größenordnungen an Geldbußenminderungen jeweils in Frage kommen. Ohne klare Abgrenzung droht eine Entwicklung, durch die das Instrument des (insb. bewussten „Follow-up“) Kronzeugenantrags in gewissen Bereichen von der Settlement-Praxis „kannibalisiert“ wird und als Ermittlungsinstrument der BWB weiter an Bedeutung verliert.

Weiters stößt auch der Umstand, dass selbst bei einheitlichen Sachverhalten mit jedem Antragsgegner getrennt Verfahren geführt werden – und diese abgeschlossen werden, sobald individuell Einigung erzielt wurde – auf Bedenken. Eine solche „Zersplitterung“ des Verfahrens steht einer fairen Sachverhaltsaufklärung im Wege, weil die von einem Unternehmen „zugestandenen“ Sachverhalte (auch ohne Anwendung der Kronzeugenregelung) für die anderen betroffenen Unternehmen de facto Präjudizwirkung entfalten und dies im Extremfall zu nicht kompatiblen Entscheidungen führen kann.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich dieses als Regelverfahren etablieren könnte (siehe Frage 20), erscheint insgesamt ein gewisses Maß an gesetzlicher Regelung des Settlement-Verfahrens sinnvoll. Eine „bloße“ Orientierung der BWB direkt am EU-Settlement-Verfahren ist grundsätzlich nicht möglich, weil ihr – anders als der Europäischen Kommission – selbst keine Entscheidungskompetenz zukommt. In den meisten Fällen besteht ein enger Konnex zwischen Kronzeugen- und Settlement-Fällen. Sofern keine gesetzliche Regelung des Settlement-Verfahrens erfolgt, könnte die Settlement-Praxis der BWB zumindest als Teil ihres Kronzeugenhandbuchs schriftlich dargelegt werden.

Frage 17: Welche Vor- und Nachteile sehen Sie bei einvernehmlichen Verfahrensvereinigungen zwischen den antragstellenden Behörden und betroffenen Unternehmen?

Die wesentlichen Vorteile einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung liegen in der kurzen Verfahrensdauer und einem vergleichsweise niedrigen Kostenaufwand.

Zu den Nachteilen zählt insbesondere die Gefahr der Verkürzung der Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen in einem gesetzlich nicht geregelten Rahmen – dies auch angesichts der derzeitigen Unsicherheit bezüglich der in Aussicht gestellten bzw. möglichen Geldbußen-Rabatte.

Ein weiterer wesentlicher Nachteil besteht in der mangelnden Rechtsfortbildung, insb. weil im Rahmen eines Settlement-Verfahrens kartellrechtliche Grenzfragen im Bußgeldantrag ausgeklammert oder „pauschal verglichen“ werden und damit letztlich ungeklärt bleiben.

Frage 18: Ist ein Settlement-Verfahren geeignet, Kartellrechtsverstöße rigoros zu ahnden?

Bei entsprechender verfahrensrechtlicher Ausgestaltung erscheint das Settlement-Verfahren als ein geeignetes Mittel, Kartellrechtsverstöße rigoros zu ahnden.

Frage 19: Entfaltet ein Settlement-Verfahren eine präventive Wirkung?
Ja – siehe Frage 18.

Frage 20: Halten Sie es für sinnvoll, das Settlement-Verfahren explizit zu regeln bzw. in einer Art und Weise einzuschränken, damit es in der vorliegenden Form nicht zum kartellrechtlichen Regelverfahren wird?

Das Settlement-Verfahren in seiner derzeitigen Form stellt für strittige oder juristisch komplexe Sachverhalte ohne einschlägige Entscheidungspraxis keine geeignete Verfahrensart dar – hier sollte weiterhin zunächst das Kartellgericht auch materiell entscheiden bzw. Gelegenheit haben, im Zuge einer Anhörung der Parteien seinen Rechtsstandpunkt kundzutun. Es wäre daher wünschenswert, dass auch nach Eröffnung eines „ordentlichen“ Bußgeldverfahrens die Möglichkeit besteht, nach Klärung einer – womöglich bislang ungelösten – Rechtsfrage in Settlement-Verhandlungen einzutreten und das Verfahren vor dem Kartellgericht vorzeitig einvernehmlich zu beenden. Auch in einer solchen Konstellation wäre ein wichtiger Aspekt des Settlement-Verfahrens, nämlich die Verringerung von Verfahrensaufwand, gewährleistet, ohne dass dabei Rechtsfortbildung und Verteidigungsrechte eingeschränkt würden.

Für andere Fälle spricht bei angemessener expliziter gesetzlicher Regelung grundsätzlich nichts dagegen, dass sich das Settlement-Verfahren als „Regelverfahren“ etabliert. In der derzeit von der BWB praktizierten Form stellt es jedoch mitunter eine (systemwidrige) Aushöhlung der Entscheidungskompetenz des Kartellgerichts – und der im Rahmen des kartellgerichtlichen Verfahrens gewährleisteten Verteidigungsrechte – dar.

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung:

3.1. Beweislastumkehr:

Vorbemerkung

Das KartG schützt das öffentliche Interesse an einer funktionierenden Markt-wirtschaft auf zweierlei Art und Weise. Zum einen dient es der Aufrechterhaltung einer Marktstruktur, in der die disziplinierende Kraft des Wettbewerbs stark genug ist, um die Unternehmen zur Innovation und Effizienz anzuhalten. Dadurch werden mittelbar sowohl Verbraucherinteressen geschützt als auch die Wettbewerbsfähigkeit der österreichischen Wirtschaft im globalen Kontext gestärkt. Zum anderen geht es dem Kartellrecht darum, eine direkte Schädigung von Interessen der Marktgegenseite in Folge einer missbräuchlichen Ausübung von Marktmacht (Ausbeutung) hintanzuhalten. Unter beiden Aspekten stehen die Marktmacht bestimmter Unternehmen und deren Kontrolle im Fokus. Das ist gerade in einer Volkswirtschaft wie Österreich bedeutsam, deren Wirtschaft stark von KMU getragen wird, die besonders anfällig für missbräuchliche Verhaltensweisen größerer Marktteilnehmer sind. Nach einer weitverbreiteten Expertenmeinung ist deswegen die Befugnis des Kartellgerichts, gemäß § 26 iVm §§ 4f KartG den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, im Prinzip das wichtigste Instrument des Wettbewerbsrechts, knüpft doch die Missbrauchskontrolle unmittelbar an die Feststellung von Marktmacht an. Daher wäre im Grunde zu erwarten, dass in diesem Bereich ein Vollzugsschwerpunkt der österreichischen Wettbewerbsaufsicht liegt.

Tatsächlich ist das nicht der Fall. Missbrauchsverfahren vor dem Kartellgericht sind vergleichsweise selten (und noch seltener erfolgreich). Die Bundeswettbewerbsbehörde (aber auch der Bundeskartellanwalt und die privilegierten Antragsteller, wie etwa die Bundeskammer für Arbeit und Angestellte; vgl § 36 Abs 4 KartG) schrecken vor der Einleitung solcher Verfahren ersichtlich zurück. Stattdessen konzentriert sich der Kartellrechtvollzug auf die Verfolgung von Kernverstößen gegen § 1 KartG (bzw Art 101 AEUV). Das liegt offensichtlich daran, dass die Behörden und Gerichte in diesen Fällen nicht nachweisen müssen, welche konkreten Wirkungen das fragliche Verhalten auf dem Markt hat. Wettbewerbsökonomisch ist diese Schwerpunktsetzung nicht unbedingt gerechtfertigt. Bei einem Preiskartell (und noch weniger bei einer vertikalen Preisbindung), bei dem/der die beteiligten Unternehmen über keine signifikante Markt-

macht verfügen, sind schädliche Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft nicht ohne Weiteres indiziert. Freilich ist die untergeordnete Rolle der Missbrauchsaufsicht kein österreichisches Phänomen. Auch die Europäische Kommission wendet Art 102 AEUV deutlich seltener (und dann zumeist in ausgesprochen „politischen“ Fällen) an als die Kernverbote des Art 101 AEUV.

Angesichts dieses Befunds ist es eine berechtigte Frage, ob es nicht rechtspolitisch wünschenswert wäre, das Instrument der Missbrauchsaufsicht zu stärken (dh: leichter anwendbar zu machen) und – wenn ja – mit welchen Mitteln. In der österreichischen Diskussion wird dabei seit längerem das Instrument einer Beweislastumkehr als ein möglicher Ansatzpunkt diskutiert.

Nach Auffassung der Studienvereinigung ist dieser Ansatzpunkt zu eng. Das Thema „Missbrauchsaufsicht“ bedarf einer breiteren Diskussion. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit geht es dabei etwa um folgende Themen:

1. Die Missbrauchsaufsicht sollte nicht als subsidiäre Regulierung missverstanden werden.

Gerade bei der Aufsicht über marktbeherrschende Unternehmen bestehen häufig Unklarheiten und (nach Auffassung der Studienvereinigung) falsche Erwartungshaltungen, was das geschützte Rechtsgut des Wettbewerbsrechts ist. Wie eingangs erörtert, dient das Kartellrecht in erster Linie dem Schutz des Wettbewerbs als Institution, dh der Aufrechterhaltung einer Marktstruktur, die einen effizienten Wettbewerbsprozess gestattet. Dieser Wettbewerbsprozess ist zwangsläufig ergebnisoffen. Seine Resultate lassen sich nicht prognostizieren und können von unterschiedlichen Marktteilnehmern phasenweise sowohl positiv als auch negativ wahrgenommen werden. Es ist nicht die Aufgabe des Kartellrechts, ein bestimmtes, als fair und angemessen empfundenes Marktergebnis herbei zu führen.

Gerade diese Erwartungshaltung findet sich aber häufig in den Diskussionen um eine Verschärfung der Missbrauchsaufsicht. Wann immer ein Marktresultat als unbefriedigend empfunden wird, wird in Österreich (wie auch in Europa; vgl die Preisregulierungen der Europäischen Kommission im Bereich des Roamings) rasch der Ruf nach einer Preis- oder Konditionenregulierung mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts laut. Die zuletzt meistdiskutierten Themen in diesem Bereich sind die Preise, die von Energieversorgungsunternehmen von Kleinabnehmern verlangt werden,

und die Konditionen, die sich im Verhandlungsprozess zwischen dem hoch konzentrierten Einzelhandel (LEH, Baumärkte) und der Industrie ergeben.

Nach Auffassung der Studienvereinigung besteht hier die Gefahr einer „Themenverfehlung“. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist weder dazu bestimmt noch mit den ihm zur Verfügung stehenden Instrumenten in der Lage, ein bestimmtes Marktergebnis (also zB einen bestimmten Endkundenpreis) zu gewährleisten. Die Studienvereinigung teilt die Auffassung der deutschen Monopolkommission (vgl dessen Sondergutachten 63 vom Februar 2012: „Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht“), wonach sich das Kartellrecht nicht für die Durchführung einer sektorspezifischen Preismissbrauchsaufsicht eignet. Wenn der Gesetzgeber ein Marktversagen in bestimmten Branchen konstatiert, das sich aufgrund von strukturellen Marktzutrittsschranken nicht mittel- bis langfristig durch den Wettbewerbsprozess auflöst (bzw wenn der Gesetzgeber die längerfristige Wirkung des Wettbewerbsprozesses nicht abwarten will), muss er zu einer klar als solcher deklarierten Regulierung greifen. Das setzt entsprechende Institutionen (Regulierungsbehörden), Verfahren und Regelungen (detaillierte Durchführungsbestimmungen, etwa zu Preisbildungsmechanismen) voraus. Es wäre verfehlt, von der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach §§ 4f KartG zu erwarten, dass diese gleichsam die Rolle einer subsidiären Regulierung in Bereichen übernehmen könnte oder sollte, in denen sektorspezifische Regelungen fehlen. Die Studienvereinigung begrüßt daher, dass § 5a der Regulierungsvorlage zum KaWeRÄG 2012 nicht Gesetz wurde.

Im Kontext der Fragen des Beirats ergibt sich aus diesen Überlegungen, dass nach Auffassung der Studienvereinigung bei jeder Art von Beweiserleichterung dahingehend, dass ein bestimmtes Marktverhalten als missbräuchlich gilt, sofern dem Marktbeherrscher nicht der Beweis des Gegenteils (sprich: der sachlichen Rechtfertigung seines Verhaltens) gelingt, Vorsicht geboten ist. Das gilt zumindest dann, wenn es um Fälle eines Ausbeutungsmissbrauchs geht. Eine Beweislastumkehr käme hier faktisch einer Preis- und Konditionenregulierung gleich, was nicht die Aufgabe der Wettbewerbsbehörden (einschließlich des Kartellgerichts) ist. Darüber hinaus begegnet eine Beweiserleichterung dieser Art uE gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Man darf nicht übersehen, dass eine stark intervenierende Missbrauchsaufsicht ein Eingriff in das Grundrecht auf Erwerbsausübungsfreiheit (einschließlich des Rechts auf Privatautonomie) ist. Ein solcher Eingriff muss stets einem klar definierten Allgemeininteresse dienen und zur Erreichung dieses Ziels sowohl

geeignet als auch (im Sinne einer Ultima Ratio) notwendig sein. Diese Maßstäbe sollte man gerade dann, wenn man an die positive Kraft einer freien Marktwirtschaft glaubt, nicht auf die leichte Schulter nehmen. Eine Beweislastumkehr, die ein bestimmtes Marktverhalten im Zweifel verbietet (in dubio contra reo), stößt schnell auf verfassungsrechtliche Bedenken.

2. Die Missbrauchsaufsicht steht in einem engen Bezug zu UWG, NahVG und Regulierungsrecht. Diese Zusammenhänge sollten beachtet und gemeinsam geregelt werden.

Die Missbrauchsaufsicht durch die Wettbewerbsbehörden (BWB, BKAnw, Kartellgericht) steht in einem engen Naheverhältnis zur verwandten Materien. Dabei handelt es sich zum einen um die Missbrauchsaufsicht durch die Regulierungsbehörden in deren Zuständigkeitsbereich. Zum anderen geht es um den Wettbewerbsschutz durch die Zivilgerichte im Rahmen der Anwendung des § 1 Abs 1 Z 1 UWG („sonstige unlautere Handlung, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen“) und des NahVG, dessen allgemeines Diskriminierungsverbot (§ 2 NahVG) jüngst eine Renaissance erfahren hat.

Aus Sicht der Studienvereinigung wäre es rechtspolitisch wünschenswert, diese Instrumente in ein harmonisches Gesamtgefüge zu bringen. In der Praxis entsteht nicht selten der Eindruck, dass idente Lebenssachverhalte unter identen Normzweckgesichtspunkten geradezu in „zwei Welten“ abgehandelt werden. Im Kartell und Regulierungsrecht setzt sich zunehmend eine ökonomische Betrachtung durch, bei der entscheidend ist, welche konkreten Marktwirkungen von einem bestimmten Verhalten zu erwarten sind (was eine umfassende Würdigung des wirtschaftlichen Kontextes erfordert, in dem sich die fragliche Verhaltensweise ereignet; „more economic approach“). Im Gegensatz dazu erscheint der Schutz des Wettbewerbs als Institution, wie er von den Gerichten auf der Grundlage von § 1 UWG und §§ 1f NahVG gehandhabt wird, als eine Einfallspforte für den „gesunden Menschenverstand“, bei dem bestimmte Verhaltensweisen primär aufgrund der richterlichen Erfahrung als quasi per se erlaubt oder verboten qualifiziert werden. Die Vorgangsweise der Zivilgerichte ist effizient und kommt ohne explizite Beweiserleichterungen aus. Ob sie in allen Fällen auch zu ökonomisch richtigen Entscheidungen führt, ist eine andere Frage. Letztlich ist es diese Abwägung zwischen Richtigkeitsgewähr

und Effizienz, die im Rahmen einer Reform der Missbrauchsaufsicht zu treffen ist.

Nach Auffassung der Studienvereinigung sollte im Rahmen einer Reform des Missbrauchsrechts darauf geachtet werden, dass es nicht zu einer unnötigen Vervielfältigung der Eingriffsnormen kommt, die letztlich demselben Schutzzweck dienen. Eine verbesserte Missbrauchsaufsicht sollte sich daher nicht bloß mit §§ 4f KartG befassen, sondern auch das UWG, das NahVG und die besonderen Missbrauchsregelungen in regulierten Sektoren einbeziehen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass es in diesem Bereich zu einem Flickwerk kommt, wie es derzeit in Deutschland (aufgrund des Sondergesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels) der Fall ist.

Solange § 1 Abs 1 Z 1 UWG auf Fälle des Behinderungswettbewerbs so angewendet wird, wie dies heute der Fall ist, erscheinen Beweiserleichterungen zum Vorliegen einer Behinderung im spezifisch kartellrechtlichen Kontext als verzichtbar.

3. Nicht jede Beweiserleichterung ist in allen Bereichen, in denen Marktmacht eine Rolle spielt, gleich gut platziert.

Die Regelungen des KartG über Marktbeherrschung (§ 4 KartG) und dessen Missbrauch (§ 5 KartG) wirken sich in verschiedenen Bereichen aus. So sind die Vermutungstatbestände des § 4 KartG nicht nur dafür ausschlaggebend, welche Unternehmen den besonderen Verhaltensanforderungen nach § 5 KartG unterliegen. Sie sind auch mitentscheidend dafür, wann die Voraussetzungen für die Untersagung eines Zusammenschlusses nach § 12 Abs 1 Z 2 KartG erfüllt sind. Darüber hinaus ist die Anwendbarkeit der Vermutungstatbestände ein zentrales Element in vielen Zivilprozessen („Private Enforcement“), in denen es z.B. um die Nichtigkeit von Verträgen geht, die das marktbeherrschende Unternehmen mit seinen Kunden oder Lieferanten abgeschlossen hat.

Eine Diskussion von Beweislastumkehrregelungen im Missbrauchsrecht wäre nach Auffassung der Studienvereinigung unvollständig, wenn man sich nicht gleichzeitig die Frage stellt, in welchen dieser Bereiche derartige Regelungen anwendbar sein sollen. So verweist zB die deutsche Monopolkommission im bereits erwähnten Sondergutachten 63 (dort Rz 49ff) darauf, dass die Vermutungstatbestände für Marktbeherrschung im Rahmen der Fusionskontrolle im Grunde systemwidrig werden, wenn der derzeitige Marktbeherrschungstest durch den SIEC-Test der EU-

Fusionskontrollverordnung ersetzt wird. Beim SIEC-Test geht es ja gerade darum, die formalistische Begrenzung der Fusionskontrolle auf Fragen der Marktanteilsverteilung zu überwinden.²¹

Noch problematischer erscheint die Anwendung der Vermutungstatbestände im privatrechtlichen Bereich. Die Qualifikation eines Vertrags als nichtig iSv § 879 ABGB setzt kein Verschulden voraus. Zur Nichtigkeitsfolge gelangt man daher uU selbst dann, wenn es für das vermeintlich marktbeherrschende Unternehmen praktisch unmöglich war, seinen Status korrekt einzuschätzen. Hier schlagen die Unsicherheiten, die mit Fragen der Marktabgrenzung, der Marktanteilsermittlung sowie der Beurteilung, inwieweit festgestellte Marktanteile überhaupt Marktmacht indizieren, voll durch. Regelungen über eine Beweislastumkehr führen bei Streitigkeiten zwischen Privaten nach Auffassung der Studienvereinigung rasch zu einem potentiell überschießenden Eingriff in die Privatautonomie.

Schließlich sollten im Hinblick auf Art 6 Abs 2 EMRK (Unschuldsvermutung) keine Vermutungstatbestände Platz greifen, wenn es um die Frage geht, ob über ein marktbeherrschendes Unternehmen wegen eines vermeintlichen Missbrauchs eine Geldbuße (§ 29 KartG) verhängt werden kann.

Als notwendig und angemessen erscheinen Vermutungstatbestände hinsichtlich der Marktbeherrschung hingegen dort, wo es um die Frage geht, ob ein Unternehmen die Sonderbestimmungen des § 5 KartG zu beachten hat, um ein im öffentlichen Interesse geführtes Abstellungsverfahren zu vermeiden. In diesem Kontext erleichtern die Vermutungstatbestände die Rechtsanwendung erheblich. Gleichzeitig sind damit noch keine negativen Rechtsfolgen für den mutmaßlich marktbeherrschenden Unternehmer verbunden. Der Vermutungstatbestand unterwirft den Marktbeherrscher zwar einem rechtlichen Sonderregime, sagt aber noch nichts darüber aus, ob dieses Regime verletzt wurde. Insoweit unterscheidet sich die Anwendung von Vermutungstatbeständen in der Missbrauchsaufsicht fundamental von Vermutungstatbeständen in der Fusionskontrolle.

Wenn es darum geht, Klarheit über die Normadressaten des § 5 KartG zu schaffen, gehen die gegenwärtigen Vermutungstatbestände für die Zwecke der Praxis nicht weit genug. In den meisten Fällen ist wenig strittig, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen dominant ist. Das eigentliche Problem liegt in der Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten

21] Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die Vermutungstatbestände auch in diesem Bereich beizubehalten, fordert aber, dass das BKartA in jedem Einzelfall die rein quantitative Marktanalyse durch eine qualitative Analyse ergänzt.

Märkte. Diesbezüglich wäre zu erwägen, gesetzliche Vermutungen einzuführen. Angesichts der Vielfältigkeit der Märkte könnte dies aber wohl nur im Wege einer besonderen Kompetenz zur Erlassung von Durchführungsverordnungen (vergleichbar der TelekommunikationsmärkteVO im Anwendungsbereich des TKG) erfolgen.

Ausgehend von diesen allgemeinen Überlegungen sind die Fragen des Beirats zur Missbrauchsaufsicht nach Auffassung der Studienvereinigung wie folgt zu beantworten:

Frage 21: Ist die Beweislastumkehr ein angemessenes Mittel zur Wettbewerbskontrolle?

Regelungen über eine „Beweislastumkehr“ entscheiden darüber, zu wessen Nachteil es ausschlägt, wenn sich eine bestimmte Tatsache im Gerichtsprozess oder im Verwaltungsverfahren nicht erweisen lässt. Bei der Beantwortung der Frage, ob es sich dabei um ein angemessenes Mittel zur Wettbewerbskontrolle handelt, ist zu differenzieren:

(a) Beweiserleichterungen betreffend das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung

Eine Beweislastumkehr (in Form von widerlegbaren gesetzlichen Vermutungen) hinsichtlich des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung ist ein angemessenes Mittel zur Wettbewerbskontrolle, wenn davon die Anwendbarkeit des § 5 KartG in einem Abstellungsverfahren nach § 26 KartG abhängt. Eine derartige Beweislastumkehr schafft für die Normadressaten einen wünschenswerten Orientierungspunkt, wann sie sich an die besonderen Verhaltensanforderungen des § 5 KartG zu halten haben.

Hingegen ist eine derartige Beweislastumkehr nach Auffassung der Studienvereinigung im Bereich des „Private Enforcement“ vor Zivilgerichten sowie bei Bußgeldverfahren nach § 29 KartG abzulehnen.

Im Bereich der Fusionskontrolle wäre es vorzuzugswürdig, wenn die BWB und der BKA_{nw} Leitlinien (mit Selbstbindungswirkung) nach dem Vorbild der Leitlinien der Europäischen Kommission zu horizontalen und nicht-horizontalen Zusammenschlüssen herausgeben, an denen sich die Praxis der Vorprüfung orientieren kann. Bei derartigen Leitlinien geht es typischerweise weniger darum, der Behörde den Nachweis eines Untersagungstatbestandes zu erleichtern, sondern – ganz im Gegenteil – Vermutungstatbestände („safe harbours“) dafür aufzustellen, wann die beteiligten Unternehmen nicht mit einer Intervention der Wettbewerbsbehörden rechnen müssen. Vermutungstatbestände dieser Art sind für den Wirtschaftsstandort Österreich wichtig, verringern sie doch die

Transaktionskosten und erleichtern den Unternehmen die Suche nach optimalen Betriebsgrößen.

(b) Beweiserleichterungen betreffend das Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens

Eine Beweislastumkehr bezüglich der Frage, wann ein bestimmtes Verhalten als missbräuchlich zu qualifizieren ist, ist nach Auffassung der Studienvereinigung im Prinzip (sowohl bei Verfahren nach § 26 und § 29 KartG als auch im „Private Enforcement“) abzulehnen. Eine derartige Beweislastumkehr läuft darauf hinaus, dass der Marktbeherrscher bestimmte generell-abstrakt formulierte Verhaltensweisen zu unterlassen hat, sofern er deren sachliche Rechtfertigung nicht im Einzelfall unter Beweis stellen kann. Darin liegt ein erheblicher, verfassungsrechtlich bedenklicher Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit. Um eine diesbezügliche Beweislastumkehr zu rechtfertigen, muss es ausgeprägte ökonomische Erfahrungssätze geben, wonach das fragliche Marktverhalten regelmäßig nachteilige Auswirkungen auf die Allgemeinheit hat. Dazu fehlen, soweit der Studienvereinigung bekannt ist, belastbare wettbewerbsökonomische Erkenntnisse.

Diese Bedenken werden dadurch verstärkt, dass der Nachweis der sachlichen Rechtfertigung angesichts der Vielschichtigkeit von Wettbewerbsprozessen beim Beweisbelasteten ein umfassendes Wissen über die präzisen Marktumstände des eigenen Verhaltens voraussetzt, das selbst bei internationalen Großkonzernen in der Realität des immer schneller werdenden Wirtschaftslebens nicht vorhanden ist und auch nicht vorausgesetzt werden kann. Auch deswegen sind Regelungen über die Beweislastumkehr in diesem Bereich aus Sicht der Praxis abzulehnen.

Frage 22: Reichen die bestehenden Mitwirkungspflichten des Informationsinhabers gemäß § 381 ZPO und die freie Beweiswürdigung des Richters aus?

Die Mitwirkungspflichten im Prozess und das Instrument des Anscheinsbeweises berühren keine Frage der Beweislastverteilung, sondern der Beweisführung. Im Kern geht es darum, ob der Beweis für eine bestimmte Tatsache (etwa der Tatsache, ob der vom Marktbeherrscher ausgelobte Preis unter dessen variablen Kosten liegt) auch mittelbar, aufgrund von Indizien geführt werden kann.

Die Möglichkeit einer indirekten Beweisführung ist im österreichischen Zivilprozess seit langem anerkannt und hat sich in einer gefestigten Prozesskultur bewährt. Nach Auffassung der Studienvereinigung sind diese bewährten Instrumente hinreichend, um Beweisschwierigkeiten in Miss-

brauchsverfahren zu begegnen. In aller Regel ist es selbst für das vermeintliche Opfer eines missbräuchlichen Verhaltens nicht schwierig, zumindest den ersten Anschein eines missbräuchlichen Verhaltens nachzuweisen. Praktische Probleme ergeben sich weniger daraus, dass die dafür erforderliche Kenntnisse nicht zur Verfügung stünden, sondern daraus, dass der Antragsteller diese Indizien zum Schutz seiner Geschäftsgeheimnisse nicht offenlegen will. Diesbezüglich lassen sich auf dem Boden des bewährten österreichischen Zivilprozesses angemessene Lösungen finden. Sonderregelungen für kartellgerichtliche Verfahren (die ohnehin vom Untersuchungsgrundsatz des AußStrG profitieren) erscheinen nicht erforderlich.

Anzumerken ist, dass sich dieses Thema bei einem Wechsel des Vollzugssystems (weg vom verwaltungsbehördlich-gerichtlichen Mischsystem, hinzu einer Verwaltungsbehörde, die in erster Instanz sowohl ermittelt als auch entscheidet) grundlegend anders stellt. Bei behördlichen Verfügungen, die nicht in einem kontradiktorischen Verfahren ergehen, liegt die Nachweispflicht zur Gänze beim Hoheitsträger. Diesem stehen dafür besondere öffentlich-rechtliche Ermittlungsinstrumente (Ladung von Zeugen, Augenschein, Sachverständige etc) zur Verfügung. Die Effizienz des Gesetzesvollzugs hängt in einem solchen System vor allem von der Ressourcenausstattung und Kompetenz der Behörde und nicht von Regelungen über die Beweislast und Beweisführung ab.

Frage 23: Ist eine Beweislastumkehr auf Märkten, die einer besonderen Kontrolle unterliegen, notwendig?

Diese Frage ist wohl nur im Einzelfall zu beantworten. Auch stellt sich diese Frage unterschiedlich aus Sicht des Public Enforcement oder des Private Enforcement. In Märkten, in denen ohnehin eine Regulierung besteht, scheint eine zusätzliche Beweiserleichterung für die Wettbewerbsbehörde nicht notwendig, insbesondere, da ja auch das Kartell- und Wettbewerbsgesetz Möglichkeiten der Koordinierung mit den entsprechenden Regulatoren vorsehen.

Bei einem Rechtsstreit zwischen Privaten, in dem keine Partei Zugriff auf die Informationen und Daten des Regulators hat, kann eine Beweiserleichterung sinnvoll sein.

Frage 24: Sind Sie der Meinung, dass Erleichterungen in der Beweisführung in Missbrauchsverfahren für bestimmte Branchen/Märkte, die wettbewerblich als sensibel gelten, angemessen wären?

Aus den oben diskutierten Erwägungen ist die Studienvereinigung der Ansicht, dass es innerhalb des allgemeinen Wettbewerbsrechts keine

sektorspezifischen Regelungen über die Missbrauchskontrolle geben sollte. Soweit der Gesetzgeber in bestimmten Märkten bzw Branchen ein strukturelles Marktversagen ortet, wäre dem im Rahmen von Regulierungsmaßnahmen zu begegnen. Dies erscheint auch deswegen als notwendig, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit des Eingriffs in das Grundrecht auf Erwerbsausübungsfreiheit und auf einen angemessenen Rechtsschutz Rechnung zu tragen.

3.2. Vermutungstatbestände:

Frage 25: Hat sich die österreichische Regelung – Vermutung der Einzel- Marktbeherrschung ab einem Marktanteil von 30% – bewährt oder sehen Sie einen analogen Anpassungsbedarf?

Mit dem KaWeRÄG 2012 wurden zwei neue Absätze (1a und 2a) in § 4 KartG eingefügt, die sich mit der kollektiven Marktbeherrschung befassen. Die Studienvereinigung hält (auch wenn es dazu naturgemäß noch keine Erfahrungen gibt) diese Neuregelungen für sinnvoll, meint aber dennoch, dass in § 4 KartG Nachbesserungsbedarf besteht.

Dieser Nachbesserungsbedarf betrifft zum einen die Vermutungstatbestände des § 4 Abs 2 Z 2 und Z 3 KartG, die im Zuge der Novelle nicht beseitigt wurden. Dem Wortlaut des Gesetzes nach handelt es sich dabei um ergänzende Vermutungstatbestände für Einzelmarktbeherrschung. Jeder Unternehmer, der dem Wettbewerb von höchstens zwei Unternehmen ausgesetzt ist und einen Anteil von mehr als 5% hat (§ 4 Abs 2 Z 2 KartG), gilt für sich allein als marktbeherrschend. Ob diese Vermutung durch Nachweis der Voraussetzungen des § 4 Abs 1a KartG widerlegt werden kann, ist unklar. So interpretiert, widersprechen die Regelungen in § 4 Abs 2 Z 2 und Z 3 KartG der wirtschaftlichen Realität. Eine Einzelmarktbeherrschung mit einem Marktanteil von 5% ist praktisch undenkbar. Die Regelungen des § 4 Abs 2 Z 2 und Z 3 KartG sollten daher gestrichen werden.

Für die Frage, ob zudem die Marktanteilsschwelle in § 4 Abs 2 Z 1 KartG angehoben werden sollte, kommt es maßgeblich darauf an, in welchem Zusammenhang dieser Vermutungstatbestand zum Tragen kommt (vgl dazu Pkt 3 der Vorbemerkungen). Im Bereich der Fusionskontrolle ist der Wert – gemessen an der wettbewerbsbehördlichen Entscheidungspraxis und der industrieökonomischen Erfahrung – zu niedrig. Eine Anhebung auf zumindest 40% (eher 50%) wäre notwendig, sofern man in diesem Anwendungsgebiet nicht ohnehin auf ein System von safe harbours umstellt.

Soweit § 4 Abs 2 Z 1 KartG hingegen nur die Anwendbarkeit des § 5 KartG eröffnet, besteht nach Auffassung der Studienvereinigung kein dringender Anpassungsbedarf. Zwar signalisiert ein Marktanteil von 30% im internationalen Vergleich typischerweise keine marktbeherrschende Position. In einer Volkswirtschaft wie Österreich, mit seinen zahlreichen KMU, mag eine etwas strengere Missbrauchsregelung (die gemäß Art 3 VO 1/2003 gestattet ist) aber durchaus berechtigt sein.

4. Fusionskontrolle:

4.1. Neuer Fusionskontrolltest:

Frage 26: Halten Sie es auch in Österreich für sinnvoll und notwendig, das materielle Prüfkriterium in der Zusammenschlusskontrolle zu ändern? Wo sehen sie die Vor-, wo die Nachteile?

Mit der Reform der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO) im Mai 2004 wurde ein neues materielles Untersagungskriterium eingeführt, der sog SIEC-Test (*significant impediment of effective competition*). Der SIEC-Test ist auf einen politischen Kompromiss zurückzuführen. Hauptanliegen war es, in bestimmten oligopolistisch geprägten Marktconstellationen die Prüfung zu erleichtern. Andererseits fand sich kein Konsens, den bis dahin geltenden Marktbeherrschungstest (*dominance test*) gänzlich durch den US-amerikanisch geprägten SLC-Test (*substantial lessening of competition*) zu ersetzen. Letztlich hat man sich damit geholfen, auf Grundlage des vorhandenen Prüfungsstatbestands einen „Hybrid-Test“ zu schaffen, der sich dem SLC-Test annähert. Erreicht wurde dies dadurch, dass die bestehenden Tatbestandsmerkmale des Art 2 Abs 3 VO 4064/98 in ihrer Reihenfolge umgedreht und einhergehend damit ihre Bedeutung im Rahmen der Prüfung vertauscht wurden. Das Behinderungskriterium als Marktverhaltenskriterium wurde danach zum Hauptprüfungsmaßstab, während das Marktstrukturkriterium (Marktbeherrschung) nur noch als Regelbeispiel fungiert.²² Mit

22] Art 2 Abs 3 VO 4064/89 lautete wie folgt: „Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, sind für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären“. Nach dem nunmehr geltenden Test des Art 2 Abs 3 VO 139/2004 gilt Folgendes: „Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären“.

dieser Neuakzentuierung des Tatbestands wurde der Prüfungsmaßstab unter gleichzeitiger Annäherung an den SLC-Test erweitert.

In der Folge haben weitere EU-Mitgliedstaaten den Marktbeherrschungstest aufgegeben, darunter z.B. Frankreich, die Niederlande und Spanien. In anderen EU-Staaten, wie z.B. Deutschland, wurde vor allem aufgrund der mangelnden Erfahrungswerte mit der Einführung des SIEC-Tests zunächst zugewartet.²³ Allerdings beabsichtigt der deutsche Gesetzgeber, mit der nunmehr anstehenden 8.GWB-Novelle zum SIEC-Test überzugehen.

Der Einführung des SIEC-Tests war eine Debatte über die Effektivität des bis dahin angewandten Marktbeherrschungstests vorausgegangen. Für einen guten Einstieg in die damalige Diskussion kann auf die umfassenden Überlegungen zur Einführung des SIEC-Tests im Rahmen der 8. GWB-Novelle in Deutschland verwiesen werden.²⁴ Die dort angestellten Erwägungen zur Übernahme des SIEC-Tests in das GWB können in weiten Teilen auch für Österreich herangezogen werden. Hervorzuheben sind aus Sicht der Studienvereinigung vor allem folgende Aspekte:

Im Fokus der Diskussion um den Prüfungsmaßstab steht vor allem die Reichweitendifferenz zwischen Marktbeherrschungs- und SIEC-Test. Beim SIEC-Test steht das Marktverhalten oder das Marktergebnis im Zentrum der Untersuchung, wohingegen das Marktstrukturkriterium des Marktbeherrschungstests in seiner Bedeutung abgeschwächt wird. Der unterschiedliche Grundansatz beider Tests wird häufig auch mit der Beschreibung des Marktbeherrschungstests als strukturorientiert und des SIEC-Tests als wirkungsorientiert (*effects-based*)²⁵ zusammengefasst.

Die Einführung des SIEC-Tests wurde vor allem damit begründet, dass beim Marktbeherrschungstest ein mögliches Schutzdefizit bei der Beurteilung von horizontalen Zusammenschlüssen auf oligopolistisch geprägten Märkten besteht, die mit dem wirkungsorientierten SIEC-Test in die Prüfung einbezogen werden können (sog *Gap-Fälle*).

Dem Marktbeherrschungstest liegt der ökonomische Ansatz zugrunde, dass die Marktmacht einer fusionierenden Einheit nicht über ein hinnehmbares Niveau hinaus ansteigen soll. Die höhere Marktmacht eröffnet dem

23] So wurde etwa im Rahmen der 7. GWB-Novelle von einer Angleichung noch abgesehen.

24] Barth/Budde, Die Implementierung des SIEC-Tests im GWB, Teil I, Betriebs-Berater 66 (31), 2011, S. 1859-1866, BKartA, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test, eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 24. September 2009, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), Drucksache 17/9852, Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht.

25] BKartA, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test, eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 24. September 2009.

Unternehmen Verhaltensspielräume, die es zulasten der Wettbewerber und der Nachfrager nutzen kann. Dies betrifft im Regelfall Zusammenschlüsse, an denen das stärkste Unternehmen im Markt beteiligt ist. Allerdings sind auch Fallkonstellationen denkbar, in denen das marktführende Unternehmen nicht am Zusammenschluss beteiligt ist, aber den Unternehmen im Markt dennoch Marktmacht zuwächst. Diese Wirkung wird in der Diskussion mit dem Begriff der unilateralen (oder auch: nicht-koordinierten) Effekte bezeichnet. Betroffen sind zumeist Konstellationen in engen, aber wettbewerblichen (d.h. nicht-kollusiven) Oligopolen.²⁶

In solchen Konstellationen wurde das Risiko gesehen, dass der Marktbeherrschungstest die negativen wettbewerblichen Wirkungen eines Zusammenschlusses unterschätzt (*underenforcement*). Schließen sich etwa das zweit- und das drittgrößte Unternehmen zusammen, so eröffnet dies den beteiligten Unternehmen zunächst unmittelbar Preiserhöhungsspielräume. In differenzierten Produktmärkten ist dieser Spielraum umso größer, je enger die Substitutionsbeziehung zwischen den Angeboten und je größer mithin die Wettbewerbsintensität (*closeness of competition*) zwischen den beteiligten Unternehmen vor dem Zusammenschluss war. Die mit dem Zusammenschluss einhergehende „Internalisierung“ der vormals engen Wettbewerbsbeziehung kann jedoch mittelbar auch den Wettbewerbern Verhaltensspielräume eröffnen und mithin die Wettbewerbsintensität im Markt insgesamt vermindern. In diesen Fällen resultiert die wettbewerbsbeschränkende Wirkung daher weniger aus der negativen Wirkung des Zusammenschlusses auf den Verhaltensspielraum des nach dem Zusammenschluss marktführenden Unternehmens als aus der Wirkung auf die Wettbewerbsintensität im Markt und mittelbar das Marktergebnis insgesamt.²⁷

Die praktische Relevanz dieser Fallkonstellationen ist im Schrifttum strittig. In der Literatur wird als Paradebeispiel für einen solchen „Gap-Case“ der Fall T-Mobile Austria/tele.ring.²⁸ angeführt. Unstrittig ist aber, dass es bislang keinen Unter-sagungsfall der Europäischen Kommission gibt, der auf einer „Gap-Konstellation“ beruht und in dem das Marktbeherrschungskriterium nicht erfüllt gewesen wäre.

Trotz der Zweifel an der praktischen Relevanz des SIEC-Tests wird man dem SIEC-Test aus Sicht der Studienvereinigung zu Gute halten müssen, dass im Fokus des SIEC-Tests die Veränderung der Verhaltensspielräume

26] BKartA, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test, eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 24. September 2009.

27] BKartA, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test, eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 24. September 2009.

28] COMP/M.3916 - T-Mobile Austria/tele.ring.

steht. Der SIEC-Test erlaubt, (auch) die wettbewerblichen Rückwirkungen auf die übrigen Unternehmen zu berücksichtigen und somit Wirkungen auf die Wettbewerbsintensität und das Marktergebnis insgesamt besser zu erfassen. Die aus dem SLC-Test in den SIEC-Test übernommene Ausrichtung auf die durch einen Zusammenschluss bewirkte Verringerung der Wettbewerbsintensität (*„significant impediment“*) trägt nach Ansicht der Studienvereinigung dem graduellen ökonomischen Konzept der Marktmacht besser Rechnung als das auf eine definierte „Marktmachtschwelle“ konzentrierte Konzept der Marktbeherrschung. Insoweit findet unter dem SIEC-Test eine stärker effektorientierte Betrachtung statt.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese effektorientierte Betrachtung nicht auch unter dem Marktbeherrschungstest erzielt werden könnte. Es ist unstrittig, dass die derzeitigen ökonomischen Ansätze, die letztlich auch in den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Bewertung von horizontalen und nicht horizontalen Zusammenschlüssen mündeten²⁹, den SIEC-Test vor Augen hatten. In der Tat scheint die „größere Breite“ des SIEC-Tests besser geeignet zu sein, gerade negative vertikale und konglomerate Effekte zu erfassen, bei denen eine Verschlechterung der Marktstruktur nicht unmittelbar mit dem Zusammenschluss eintritt, sondern erst infolge geänderter Möglichkeiten und Anreize zu einem wettbewerbsschädlichen Verhalten der Unternehmen.

Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen sprechen aus Sicht der Studienvereinigung gewichtige Argumente für die Einführung des SIEC-Tests:

- Die Kartellgesetznovelle 2012 war wesentlich von dem Bestreben getragen, oligopolistisch geprägte Märkte verstärkt der Kontrolle durch die Wettbewerbsaufsicht zu unterwerfen. Die Übernahme des SIEC-Tests wäre eine konsequente Weiterführung dieses Anliegens durch Einführung eines konzeptuell breiter aufgestellten Prüfungsmaßstabs in die präventive zusammenschlussrechtliche Strukturkontrolle.
- Die Einführung des SIEC-Tests entspricht auch dem Weg, den in den letzten Jahren zahlreiche Mitgliedstaaten der Europäischen Union beschritten haben.³⁰ Der SIEC-Test ist mittlerweile in vielen (wenn nicht sogar den meisten) der nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union das materielle Prüfkriteri-

29] Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl 2008 C 265/07) und Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl 2004/C 31/03).

30] Vgl. Barth/Budde, Die Implementierung des SIEC-Tests im GWB, Teil I, Betriebs-Berater 66 (31), 2011, S. 1859-1866.

um.³¹ Gerade die FKVO und das deutsche GWB, das den SIEC-Test wohl bald übernehmen wird, sind wichtige „Referenzregime“ für die österreichische Fusionskontrolle. Die Übernahme des SIEC-Tests in das KartG würde dazu beitragen, eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf europäischer Ebene und damit ein „level playing field“ zu erreichen. Aus österreichischer Sicht ist dies umso bedeutsamer, als die österreichische und deutsche Volkswirtschaft eng verflochten sind, was vielfach zu parallelen Zusammenschlussverfahren führt. In der Praxis kommt es daher nicht selten vor, dass das österreichische Parallelverfahren zeitlich versetzt zum deutschen Verfahren geführt wird, um eine einheitliche Beurteilung durch die Behörden zu erleichtern.

- In der Wahrnehmung der Studienvereinigung sind mit der Einführung auch keine nennenswerten praktischen Schwierigkeiten zu erwarten. Seit der Einführung des SIEC-Tests auf EU-Ebene hat sich eine Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission entwickelt. Es besteht somit eine gefestigte Praxis (mit einer ausformulierten „Guidance“ durch die Leitlinien der Kommission), auf die zurückgegriffen werden kann. In Wahrheit wird in der Praxis schon derzeit vielfach mit Methoden und Instrumentarien des SIEC-Tests gearbeitet. Mit der Einführung des SIEC-Tests würde sohin der rechtliche Test die derzeit schon bestehende faktische Handhabe wieder einholen. Die Anwendung der Konzepte aus den Kommissionsleitlinien, die schon derzeit vielfach in die Zusammenschlussverfahren einfließen, wäre damit wieder auf eine saubere rechtliche Grundlage gestellt.
- Insgesamt passt der SIEC-Test aus Sicht der Studienvereinigung besser in das Gesamtgefüge einer modernen Wettbewerbsaufsicht, sodass auch in Österreich eine Einführung wünschenswert wäre. Die Studienvereinigung möchte aber darauf hinweisen, dass es zu kurz gegriffen wäre, die Diskussion um die Angleichung des Untersagungskriteriums losgelöst von der Berücksichtigung anderer Aspekte zu führen. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass das europäische und österreichische System über das Untersagungskriterium hinaus bedeutsame Unterschiede aufweisen. Damit auch nach Einführung des SIEC-Tests ein „stimmiges“ System besteht, sind daher über

31] Während noch 2005 eine Mehrheit von 16 der seinerzeit 25 Mitgliedstaaten den Marktbeherrschungstest in der Ausprägung der VO 4064/89 hatte, ist der Marktbeherrschungstest heute gleichauf mit dem SIEC-Test in jeweils 11 Mitgliedstaaten der Prüfmaßstab. Daneben kommt in 4 Mitgliedstaaten der SLC-Test US-amerikanischer Prägung zur Anwendung. Für eine detaillierte Auseinandersetzung vgl Barth/Budde, Die Implementierung des SIEC-Tests im GWB, Teil I, Betriebs- Berater 66 (31), 2011, S. 1859-1866.

die Übernahme des SIEC-Tests hinausgehende Überlegungen zu berücksichtigen, die hier nur angerissen werden sollen.

- Zunächst ist zu erwähnen, dass der SIEC-Test auf einen eigenen Wohlstandsstandard abstellt, der sich primär an der Konsumentenwohlfahrt orientiert.³² Die Zielsetzung des KartG – und damit die konkrete ökonomische Ausrichtung, anhand der eine Wettbewerbsanalyse erfolgen muss – scheint sich am deutschen GWB zu orientieren, wonach als primärer Schutzzweck der Wettbewerb „als Institution“ angesehen wird. Wenngleich der Konsumentenwohlfahrtstandard über Art 102 AEUV gleichsam durch die „Hintertür“ Eingang in die österreichische Kartellrechtspraxis gefunden hat, ist der Konsumentenwohlfahrtstest vielfach mit bestehenden Instrumentarien der österreichischen Wettbewerbsaufsicht nicht in Einklang zu bringen.
- Abgesehen von dieser grundlegenden Ausrichtung der Wettbewerbsanalyse würde sich im Rahmen der Einführung des SIEC-Tests konsequenterweise auch anbieten, das Konzept der relativen Marktmacht iSv § 4 Abs 3 KartG aus dem Prüfungsmaßstab der Fusionskontrolle nach § 12 KartG auszuschneiden. Dieses Konzept ist mit dem SIEC-Test nicht zu vereinbaren. Nach den Erfahrungen der Studienvereinigung spielt die relative Marktbeherrschung des § 4 Abs 3 KartG zumindest im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle keine bedeutsame Rolle.
- Einhergehend mit dem SIEC-Test hat die Europäische Kommission auch die Effizienzeinrede eingeführt. Um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb zu bestimmen, soll begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung getragen werden, die von den beteiligten Unternehmen dargelegt werden.³³ Hiernach kann ein Zusammenschluss dann freizugeben sein, wenn – trotz einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs selbst – mit ihm zugleich positive Auswirkungen für die betroffenen Verbraucher einhergehen („trade off“). In der Tat geht die jüngere Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission vermehrt auf solche Effizienzgewinne ein. Eine Effizienzeinrede scheint grundsätzlich

32] Vgl Rz 8 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse.

33] Vgl Erwägungsgründe zur FKVO, Rn. 29. *„Um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt bestimmen zu können, sollte begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung getragen werden, die von den beteiligten Unternehmen dargelegt werden. Es ist möglich, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben, insbesondere durch Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung, nicht erheblich behindert würde.“*

ein vom SIEC- oder Marktbeherrschungstest unabhängiger Baustein zu sein. Die Einführung des SIEC-Tests müsste daher aus konzeptionellen Gründen nicht zwangsläufig mit der Einführung einer Effizienzeinrede verbunden sein.³⁴ Die Studienvereinigung regt aber an, mit Blick auf einen möglichst harmonisierten Prüfungsmaßstab die Einführung einer solchen Effizienzeinrede auch für das KartG zu erwägen. Parallel dazu könnten die bestehenden Rechtfertigungsgründe des § 12 Abs 2 Z 1 und 2 KartG auf ihre Daseinsberechtigung überprüft werden. Jedenfalls wird sich die Praxis mit der Einführung eines SIEC-Tests und die damit erforderliche wirkungsorientierte Beurteilung endgültig von der sog „*Efficiency offense*“ als „*Theory of Harm*“ verabschieden müssen, was aus Sicht der Studienvereinigung zu begrüßen ist. Effizienzgewinne sind demnach richtigerweise als positive Auswirkungen in die Beurteilung eines Zusammenschlusses einzupreisen (sog. „*Efficiency defense*“).

- § 12 Abs 2 KartG enthält nicht nur das Merkmal der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, sondern erfasst auch ihre Verstärkung als Untersagungsgrund. Gleiches erfasst auch das Regelbeispiel in Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, welches Maß an Beeinträchtigung des Wettbewerbs als hinreichend signifikant angesehen wird, um einen Zusammenschluss zu untersagen. Trotz des insoweit sogar identischen Wortlautes ist die Handhabe des Kriteriums der „Verstärkung einer beherrschenden Stellung“ in der österreichischen und europäischen Praxis unterschiedlich. Im Anwendungsbereich der FKVO setzt die Verstärkung einer bestehenden Marktbeherrschung – mit Blick auf den SIEC-Test – eine spürbare Veränderung des unternehmerischen Verhaltensspielraums voraus. In Österreich wird der derzeitigen Praxis des GWB folgend ein ‚Sliding scale‘-Ansatz verfolgt: Je stärker die Position des marktbeherrschenden Unternehmens, umso geringer sind die Anforderungen hinsichtlich einer festgestellten Verstärkungswirkung. In der Praxis führt dies dazu, dass bei einer starken Marktposition, die „Spürbarkeit“ nicht mehr geprüft wird. Mit der Einführung des SIEC-Tests wäre diese Handhabe nicht mehr aufrecht zu erhalten. Im Sinne der Leitlinien der Europäischen Kommission wird eine Beeinträchtigung nur dann angenommen werden können, wenn vor dem Zusammenschluss „*von dem potentiellen Wettbewerber bereits*

34] BKartA, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test, eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 24. September 2009

spürbare den Verhaltensspielraum begrenzende Wirkungen ausgehen.“ Auch dies ist aus Sicht der Studienvereinigung zu begrüßen.

- Erwägungsgrund 25 der FKVO erstreckt die Anwendbarkeit des Tatbestands der erheblichen Wettbewerbsbehinderung ausschließlich auf diejenigen negativen Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses, die sich in oligopolistischen Märkten aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen ohne beherrschende Stellung ergeben. Damit sollte der Anwendungsbereich des Marktverhaltenskriteriums in Art 2 Abs 2, 3 FKVO („*erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs*“) auf nicht koordiniertes Verhalten von Unternehmen, die auf dem relevanten Markt nicht marktbeherrschend sind, eingeschränkt werden, um eine ausufernde Anwendung des SIEC-Tests zu verhindern.³⁵ Aus Sicht der Studienvereinigung wäre es wünschenswert, dass eine ähnliche Klarstellung im Rahmen der Einführung des SIEC-Tests erfolgt (etwa in den Materialien).
- Die Studienvereinigung regt zudem an, dass parallel mit einer Einführung des SIEC-Tests die Möglichkeit eröffnet werden sollte, im Rechtsmittelweg die Beweiswürdigung zu bekämpfen. Nach der derzeitigen Rechtsprechung sind Feststellungen (etwa aufgrund eines Sachverständigengutachtens) nur in sehr engen Grenzen überprüfbar. Der OGH kann beispielsweise nach der derzeitigen Praxis nur die generelle Eignung einer vom Kartellgericht bzw dem Sachverständigen herangezogen ökonomischen Methode überprüfen (etwa die Eignung des hypothetischen Monopolistentests bei der Marktabgrenzung). Hingegen ist das Ergebnis der Anwendung einer an sich geeigneten Methode einer Überprüfung durch den OGH entzogen (16 Ok 8/10). Gerade der (auch schon derzeit gelebte) wirkungsorientierte Ansatz rückt aber Sachverhaltsfragen und deren Würdigung in den Vordergrund des Verfahrens. Die derzeitige Praxis, dass die Sachverhaltswürdigung vor dem OGH nicht mehr zu bekämpfen ist, führt zu einem erheblichen Rechtsschutzdefizit.

Die Lösung der vorstehend angerissenen Themen bedarf sicher noch umfassender Erörterungen. Dieser Diskussionsprozess ist auch innerhalb der Studienvereinigung noch nicht abgeschlossen. Aus heutiger Sicht ist es nicht realistisch, dass das KartG zeitnah novelliert wird. Die vorstehend

35] Vgl Barth/Budde, Die Implementierung des SIEC-Tests im GWB, Teil I, Betriebs-Berater 66 (31), 2011, S. 1859-1866.

beschriebenen „Reibungsstellen“ können daher im Lichte der praktischen Erfahrungen, die sich in Deutschland mit der Einführung des SIEC-Tests ergeben werden, beobachtet und weiter diskutiert werden. Aus Sicht der Studienvereinigung wäre es jedenfalls wünschenswert, dass man bei der Harmonisierung nicht auf „halbem Wege“ stehen bleibt und im Rahmen der Einführung des SIEC-Tests ein stimmiges System im KartG schafft.

4.2. Breiterer Fokus bei der Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise von Fusionen:

Hinsichtlich der Tatbestände bei der Fusionskontrolle wurden in der Vergangenheit folgende Probleme beobachtet:

- Sind Fusionsvorgänge einheitlich zu bewerten, wenn es sich dabei um sukzessive Aufkäufe handelt?
- Sind Bündel von zeitgleichen Transaktionen, die nur teilweise der Zusammenschlusskontrolle unterliegen, bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise einheitlich zu bewerten?

Frage 27: Sollen diesbezüglich klarstellende Regelungen in das Kartellgesetz aufgenommen werden?

Bei der Beantwortung dieser Frage ist aus Sicht der Studienvereinigung zu unterscheiden:

- Zum einen, ob man eine der Umsatzzusammenrechnungsregel des Art 5 Abs 2 Unterabs. 2 FVKO entsprechende Bestimmung in das KartG aufnehmen will? Diese Bestimmung ermöglicht es, zum Zwecke der Ermittlung des Umsatzes der beteiligten Unternehmen zwei oder mehr Erwerbsschritte als einen Vorgang zu behandeln. Hierbei würde es sich streng genommen um eine Ausformulierung des Begriffs des Umsatzes handeln, der bei der Beurteilung, ob ein Zusammenschluss die Umsatzschwellen des § 9 KartG erreicht, heranzuziehen ist.
- Zum anderen, ob man den Begriff des Zusammenschlusses iSv § 7 KartG konkretisieren bzw erweitern will, um sachlich in einem Zusammenhang stehende Transaktionsvorgänge als einen einheitlichen Zusammenschlussvorgang zu betrachten?

Ad Umsatzzusammenrechnungsregel:

Aus Sicht der Studienvereinigung spricht nichts gegen eine Kodifizierung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 2 FKVO. Danach sind zwei oder mehr Erwerbsvorgänge von Teilen eines oder mehrerer Unternehmen, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden, als ein einziger Zusammenschluss zu behandeln. Der Zusammenschluss erfolgt in diesem Fall zum Zeitpunkt des Erwerbsvorganges, mit dem die Umsatzschwellenwerte überschritten werden.

Ziel dieser Regelung ist es, Umgehungsstrukturen zu verhindern, bei denen der Erwerber ein Unternehmen „stückchenweise“ zeitlich gestaffelt erwirbt, um unter den Umsatzschwellen zu bleiben (so genannte Salamtaktik). Auch der deutsche Gesetzgeber beabsichtigt im Rahmen der 8. GWB-Novelle eine dem Art 5 Abs 2 Unterabs. 2 FKVO entsprechende Bestimmung in das GWB aufzunehmen.

Ad Konkretisierung bzw Erweiterung des Zusammenschlussbegriffes:

Schwieriger zu beurteilen ist hingegen die Thematik des sachlichen Zusammenhanges einzelner Transaktionen. Bei der Lösung der Frage, ob mehrere Erwerbsvorgänge sachlich eine Einheit bilden und diese daher als einziger Zusammenschluss behandelt werden sollten, muss nämlich viel stärker auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles abgestellt werden, als bei der Frage des zeitlichen Zusammenhanges im Rahmen einer Umsatzzusammenrechnungsregel (siehe oben). So muss dabei insbesondere der mit den einzelnen Transaktionen verfolgte wirtschaftliche Zweck ermittelt werden; dies bedeutet, dass geprüft werden muss, ob die Transaktionen so voneinander abhängig sind, dass die eine Transaktion nicht ohne die andere durchgeführt worden wäre.

Auch in der FKVO findet sich keine ausdrückliche Regelung, wann ein sachlicher Zusammenhang zwischen einzelnen Transaktionen anzunehmen ist. Lediglich in der Präambel der FKVO (Rz 20) wird festgehalten, dass „[...] Erwerbsvorgänge die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind [...], als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden [sollten].“ Die Europäische Kommission hat in den Rz 38ff der Zuständigkeitsmitteilung konkretisiert, wann Erwerbsvorgänge einen einheitlichen Zusammenschluss bilden. Dabei ist die Würdigung anhand der den Vorgängen zugrunde liegenden wirtschaftlichen Realität zu ermitteln und infolgedessen der von den Beteiligten verfolgte wirtschaftliche Zweck festzustellen.

Eine solche Prüfung des Einzelfalles kann im Rahmen der österreichischen Zusammenschlusskontrolle schon bisher anhand der nach § 20 KartG gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise durchgeführt werden. Im Übrigen kann für die Beurteilung entsprechender Sachverhalte ohnehin auf die Auslegung der Bestimmungen der FKVO, die Mitteilung der Kommission sowie auf die auf europäischer Ebene zu dieser Thematik zahlreich vorhandene Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Nach den Erfahrungswerten der Studienvereinigung wird dies in der Praxis derzeit weitgehend schon so gehandhabt. Auch § 20 KartG bietet eine ausreichende Grundlage dafür. Aus den genannten Gründen erübrigt sich aus unserer Sicht eine Kodifizierung betreffend die Frage, ob mehrere Transaktionen auch als einziger Zusammenschluss behandelt werden sollen, wenn sie in sachlichem Zusammenhang stehen. Aus Sicht der Studienvereinigung würde der Versuch einer eigenständigen Kodifizierung sogar das Risiko mit sich bringen, dass die Zusammenschlussbegriffe nach dem KartG und der FKVO „auseinanderlaufen“, was in der Praxis zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen könnte.

Zusammenfassend sind wir der Ansicht, dass eine Übernahme einer dem Art 5 Abs 2 Unterabs. 2 FVKO entsprechenden Umsatzzurechnungsregel sinnvoll ist, von einer Ausformulierung einer Definition was ein einheitlicher Zusammenschluss ist, aber abgesehen werden kann.

5. Wettbewerbsmonitoring:

Frage 28: Bieten die rechtlichen Vorgaben eine hinreichende Basis für die Entwicklung eines leistungsfähigen wettbewerbspolitischen Instruments, welches aussagekräftige Ergebnisse liefern kann?

Frage 29: Welche Branchen sollten schwerpunktmäßig in einem ersten Schritt erfasst werden, welche wettbewerbslichen Parameter sind zu erheben?

A) als Grundlage der nachstehenden Ausführungen wird „Wettbewerbsmonitoring“ als allgemeine Überwachung der Wettbewerbslandschaft in allen relevanten Wirtschaftszweigen, auch ohne konkrete Verdachtsmomente hinsichtlich einer Beschränkung des Wettbewerbes, verstanden;

B) nach der derzeitigen Rechtslage – unter Einschluss des Kartell- und Wettbewerbs- Änderungsgesetzes/KaWeRÄG 2012, in: BGBl I

13/2013 mit Wirkung ab 01.03.2013 – ergibt sich erstmals in § 2 Abs.1) Zif.8. des Wettbewerbsgesetzes eine diesbezüglich konkrete Aufgabe der Bundeswettbewerbsbehörde/BWB wie folgt: *Durchführung eines Wettbewerbsmonitorings, insbesondere über die Entwicklung der Wettbewerbsintensität in einzelnen Wirtschaftszweigen oder wettbewerbsrechtlich relevanten Märkten.*

In den Gesetzesmaterialien finden sich dazu folgende Ausführungen:

- 1) im Allgemeinen Teil der Erläuterungen zur Regierungsvorlage wird lapidar festgehalten: *Weiters soll auch die Möglichkeit eines Wettbewerbsmonitorings gesetzlich verankert werden.*
- 2) Nähere Aufschlüsse bietet dann der Besondere Teil der Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 2 Abs.1) Zif.8. des Wettbewerbsgesetzes, wobei konkret auf den Bericht des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen (Beiratsstudie vom April 2010) Bezug genommen wird. Dieser Abschnitt der Gesetzesmaterialien ist als Beilage ./1 im Volltext angefügt;
- 3) der Bericht des Justizausschusses zum KaWeRÄG 2012 erschöpft sich insoweit in der Wiederholung des allgemeinen gesetzgeberischen Zieles: *Weiters soll auch die Möglichkeit eines Wettbewerbsmonitorings gesetzlich verankert werden.*

C) geht man zunächst von der im obigen Abschnitt B)1) und in der Beilage ./1 näher umschriebenen gesetzgeberischen Absicht aus, so ergeben sich dazu folgende (kritische) Anmerkungen:

- 1) das Wettbewerbsmonitoring soll grundsätzlich zum (alleinigen) Aufgabenkreis der BWB gehören.
Angesichts der knappen personellen und finanziellen Ausstattung der BWB bestehen Zweifel, dass ein nachhaltiges Wettbewerbsmonitoring bei allen volkswirtschaftlich relevanten Wirtschaftszweigen durchgeführt werden kann. Eine mittelbare Bestätigung dafür ergab sich bei dem zu diesem Themenbereich am 19.03.2013 abgehaltenen 4.Competition Talk der BWB, weil etwa der 2010 mit Unterstützung von Frau Prof. Abrantes-Metz unternommene Versuch einer vorbeugend-wissenschaftlichen Überprüfung der Liftkartenpreise in österreichischen Wintersportgebieten mangels hinreichend lange dokumentierter Preise-Zeitreihen letztlich im Sand verlaufen ist.

Es würde sich daher empfehlen, eine breiter gefächerte Zusammenarbeit der schon bestehenden Interessentenkreise vorzunehmen, wie sie etwa im Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz bereits grundgelegt ist. Geht man von der Fülle der in Beilage ./1 genannten potentiellen Marktdaten aus, so wird unmittelbar einsichtig, dass deren überwachende Auswertung im Hinblick auf allfällige Wettbewerbsbeschränkungen die Ressourcen der BWB offenkundig überschreitet/überfordert (so ist etwa für das Wettbewerbsmonitoring nur eine Aufstockung des BWB-Budgets 2013 um € 200.000,- und eine noch nicht quantifizierte Personalaufstockung vorgesehen).

Dazu kommt, dass ein Wettbewerbsmonitoring vorhersehbar nur dann den damit verbundenen Zeit- und Kostenaufwand rechtfertigt, wenn es einerseits zeitnahe durchgeführt wird und es andererseits auch tatsächlich erkennbar effizienzfördernd wirkt. Dies alles spricht dafür, die Aufgabe des Wettbewerbsmonitoring auf mehrere Interessentenkreise zu verteilen, der BWB vor allem auch koordinierende/zusammenfassende Aufgaben zuzuweisen und zumindest halbjährliche Monitoringberichte vorzusehen, die längstens innerhalb von drei Monaten nach Ablauf des jeweiligen Halbjahres auf der Internet- Homepage der BWB zu publizieren wären (der BWB-Tätigkeitsbericht für das Kalenderjahr 2011, der erst am 27.11.2012 im Ausschuss für Wirtschaft und Industrie des Nationalrates präsentiert und erst Anfang Dezember 2012 auf der Internet-Homepage der BWB publiziert wurden, ist kein gutes zeitliches Vorbild);

- 2) anzuregen wäre daher, für das Wettbewerbsmonitoring vor allem die marktbezogenen Ressourcen der Wettbewerbskommission stärker über die gemäß § 16 Abs.1) des Wettbewerbsgesetzes jährlich vorzulegenden Vorschläge für Schwerpunkte der Erfüllung der BWB-Aufgaben zu nutzen. In diesem Zusammenhang muss aber darauf verwiesen werden, dass der Wettbewerbskommission nur eine halbzeit-beschäftigte Fachkraft zur Verfügung steht, während etwa die (nicht gänzlich vergleichbare) deutsche Monopolkommission über 13 derartige Mitarbeiter verfügt. Ähnliches dürfte in personeller Hinsicht für den Bundeskartellanwalt und seinen Stellvertreter gelten, die aber gleichwohl in Monitoring-Aufgaben einzubeziehen wären. Für die gleichermaßen sinnvolle Beteiligung von Sozialpartnern, insbesondere der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte/BAK, spricht, dass letztere ohnedies

- im Rahmen deren jährlich publizierten Wettbewerbsberichtes Marktbeobachtungen und Datensammlungen vornimmt. Zu verweisen ist ferner darauf, dass die BAK konkret unter Bedacht-
nahme auf die Strom- /Gas-Preise im Kalenderjahr 2012 ein „Energiepreis-Monitoring im Jänner 2013“ durchgeführt hat. Ebenso könnten der Verein für Konsumenteninformationen/VKI und gegebenenfalls auch NGOs eingeschaltet werden;
- 3) da für ein solches (vorbeugendes) Wettbewerbsmonitoring keine konkreten Nachprüfungsbefugnisse der BWB (wie z.B. Auskunftsverlangen) zur Verfügung stehen, müssen derartige Monitoring-Verfahren auf öffentlich verfügbaren Daten basieren, wobei noch im näheren Detail abzuklären sein wird, was alles als öffentlich verfügbare Daten zu qualifizieren ist;
 - 4) soll ein derartiges Wettbewerbsmonitoring auch tatsächlich effizienzsteigernd für den funktionierenden Wettbewerb wirken, so wären die Marktbeobachtungen um konkrete Abhilfe-Vorschläge zu ergänzen, wobei solche Abhilfeschritte naturgemäß nur unter Einbindung der betroffenen Unternehmen und nach ausführlicher Konsultation dieser erfolgen können. Auf einen ausreichenden Rechtsschutz der Unternehmen in einem solchen Falle wäre jedenfalls zu achten, sodass außerhalb eines kartellgerichtlichen Verfahrens wohl nur eine freiwillige Maßnahme seitens der betroffenen Branche in Frage kommt.
- D) ausbaufähig in diesem Zusammenhang erscheint auch das Instrument einer allgemeinen Untersuchung eines Wirtschaftszweiges/Branchenuntersuchungen, wofür es in § 2 Abs.1) Zif.3. des Wettbewerbsgesetzes bereits eine Rechtsgrundlage für BWB-Aktivitäten gibt. Folgt man dazu aber den Ausführungen im BWB-Jahresbericht 2011, so haben sich derartige Branchen-Untersuchungen der BWB im Zeitraum Dezember 2004 bis Dezember 2010 praktisch ausschließlich auf den österreichischen Treibstoffmarkt und zusätzlich nur auf das Bestattungsgewerbe bezogen (immerhin bietet aber der zweitgenannte Anlassfall mit dem auch publizierten „Maßnahmenkatalog Bestattergewerbe/Friedhöfe“ ein Beispiel für das Ziehen konkreter Konsequenzen aus derartigen Branchenuntersuchungen). Dabei wären konkrete Prioritäten sinnvoll, wie etwa die Beobachtung hochkonzentrierter Märkte und/oder solcher Märkte, deren (Preis-)Strukturen für die Lebenshaltungskosten der Bevölkerung wichtig sind. Löhnen würde ferner ein Blick über die Grenzen, welche

Branchen/Märkte von anderen (europäischen) Wettbewerbsbehörden für überwachungsbedürftig gehalten werden;

E) für die konkrete Ausgestaltung des Wettbewerbsmonitorings durch die BWB könnten „Anleihen“ auch bei folgenden bereits bestehenden gesetzlichen Regelungen genommen werden:

1) nach § 29 Abs.1) des Übernahmegesetzes überwacht die *Übernahmekommission die Anwendung dieses Bundesgesetzes*. Dies wird durch § 28 Abs.3) des Übernahmegesetzes dahingehend ergänzt, dass die *Übernahmekommission bis zum Tätigwerden eines Senates durch ihren Vorsitzenden unter Mitwirkung der Geschäftsstelle den Markt von amtswegen zu beobachten* hat.

Der konkrete Umfang dieser amtswegigen Überwachung des (Börse-)Marktes findet sich in Zif.5.4 des Jahresberichtes 2012 der Übernahmekommission (auf deren Internet-Homepage www.takeover.at);

2) in § 131 des Gaswirtschaftsgesetzes 2011 sind umfangreiche Überwachungsaufgaben der Regulierungsbehörde (Energie-Control Austria/E-Control) festgelegt. Dazu gehört nach dessen Abs.2) die Ermächtigung zur umfassenden Datenerhebung, die derzeit etwa mit der detaillierten *Gas Monitoring-Verordnung/GMO-VO*, in: BGBl II 63/2013 ausgeübt wird.

Eine vergleichbare Datenerhebungs-Ermächtigung für die BWB liegt derzeit mit § 2 Abs.1) Zif.8. des Wettbewerbsgesetzes aber nicht vor;

3) vergleichbare Überwachungsaufgaben und Datenerhebungs-Ermächtigungen bestehen auch für den Elektrizitätsmarkt nach § 88 des Elektrizitätswirtschafts- und –Organisationsgesetzes/ElWOG 2010;

4) die Überwachungsbefugnisse der Finanzmarktaufsicht/FMA nach §§ 48q bis 48s des Börsegesetzes sind mit einem bloßen Wettbewerbsmonitoring nicht vergleichbar, weil sie hinsichtlich Intensität und Umfang schon eher den Ermittlungsbefugnissen und den Auskunftsverlangen der BWB nach §§ 11/11a des Wettbewerbsgesetzes entsprechen;

5) etwas versteckt in Abschnitt C. Zif.11. des Teiles 2 der Anlage zum Bundesministeriengesetz 1986 idgF findet sich die Kompetenz des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zur „Evaluierung der Konsumentenpolitik/Verbraucherfor-

schung“, die im Jahr 2008 zu einem Auftrag der Bundesregierung zwecks Untersuchung bestimmter Lebensmittel-Produktpreise genützt worden ist (es handelte sich dabei laut Auskunft beim obzitierten 4. Competition Talk der BWB um eine „aufwendige und komplexe Aufgabe“, sodass nur ein dreimonatiges Monitoring durchgeführt wurde und aus rechtlichen Gründen kein Zugriff auf Marktforschungs-Daten möglich war);

- 6) praktisch erprobt erscheint im Übrigen bis dato in diesem Zusammenhang (nur) der von der E-Control im Internet zur Verfügung gestellte „Spritpreisrechner“;

Dieser nur kursorische Überblick zeigt aber immerhin, dass es verwandte österreichische Regelungsbereiche gibt, die für die Ausgestaltung eines (allgemeinen) Wettbewerbsmonitorings der BWB hilfsweise-unterstützend herangezogen werden könnten. Gleichzeitig wird allerdings deutlich, dass sich ein sinnvolles Monitoring oder eine Aufsicht, wie sie in den genannten Gesetzesbestimmungen für bestimmte Sektoren vorgesehen ist, wohl letztendlich nicht mit den Ressourcen der BWB bewerkstelligen lässt. Ein „Weniger“ an Regelung für die BWB im Vergleich zu den angeführten Bestimmungen kann dieses grundsätzliche Manko aber nicht beseitigen, sondern führt letztendlich nur dazu, dass ein weitgehend unreguliertes Wettbewerbsmonitoring der Behörde zwar Möglichkeiten eröffnet, die auf der anderen Seite aber Rechtsschutzdefizite der Unternehmen mit sich bringen.

F) ein rechtsvergleichender Blick über die Grenzen der Republik Österreich hinaus zeigt folgendes Bild:

- 1) soweit ersichtlich, gibt es im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen/GWB keine allgemeine Kompetenz des Bundeskartellamtes zur Durchführung eines Wettbewerbsmonitorings.

Das Bundeskartellamt ist aber nach dem (neu eingefügten) § 48 Abs.3) GWB für das Monitoring über den Grad der Transparenz, auch der Großhandelspreise, sowie den Grad und die Wirksamkeit der Marktöffnung und den Umfang des Wettbewerbs auf Großhandels- und Endkundenebene *auf den Strom- und Gasmärkten sowie an Elektrizitäts- und Gasbörsen* mit- zuständig, wobei der vom Bundeskartellamt zu erstellende Bericht dann in den (eigenständigen) Monitoringbericht der Bundesnetzagentur aufzunehmen ist.

Diese eigenständige Monitoringaufgabe der deutschen Bundesnetzagentur wird auf § 35 des deutschen Energiewirtschaftsgesetzes/EnWG gestützt und betrifft die Wahrnehmung der Regulierungsaufgaben *in den Bereichen Elektrizität und Gas*, insbesondere zur Herstellung der Markttransparenz, was in einem jährlich zu veröffentlichen Bericht festzuhalten ist.

Dazu hat die deutsche Bundesnetzagentur auf ihrer Internet-Homepage www.bundesnetzagentur.de am 04.02.2013 ein gemeinsames Monitoring 2013 *der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamtes* angekündigt und dazu 12 umfangreiche Fragebögen zur gemeinsamen öffentlichen Konsultation bis 22.02.2013 publiziert.

Der damit verbundene Erhebungs- und Auskunfts-Aufwand für die betroffenen Energiewirtschafts-Unternehmen muss wohl als erheblich bezeichnet werden und ist funktionell eher der Vorbereitung einer Branchenuntersuchung gleichzustellen;

- 2) die EU-Verfahrensverordnung 1/2003 sieht kein allgemeines Wettbewerbsmonitoring der EU-Kommission vor, sondern über deren Artikel 17 nur die Möglichkeit der Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige oder der Untersuchung einzelner Arten von Vereinbarungen, wobei das Aufgreifkriterium auf eine *möglicherweise* vorliegende Wettbewerbsbeschränkung abgesenkt worden ist. Soweit dies den jährlichen Wettbewerbsberichten der EU-Kommission und auch den veröffentlichten Vorträgen des EU-Wettbewerbskommissars zu entnehmen ist, scheint die EU-Kommission – statt eines eigenen aufwendigen Wettbewerbsmonitoring – eher auf Beschwerden von Marktteilnehmern und zunehmend auf Kronzeugenanträge zu setzen;
- 3) auch nach dem britischen Competition Act 1998 scheint es kein systematisches Wettbewerbsmonitoring durch das Office of Fair Trading/OFT zu geben. Hier wird stärker auf Marktstudien und Marktuntersuchungen nach dem Enterprise Act 2002 gesetzt, wobei als Anstoß auch sogenannte „Super- Complaints“ durch bestimmte bezeichnete Konsumentenschutz- Organisationen vorgesehen sind.

Das Instrument von Marktstudien/Marktuntersuchungen wird offenbar in Großbritannien durch das OFT erheblich häufiger genutzt, als dies etwa bei der EU-Kommission der Fall ist.

Analog der OFT-Studie „Government in markets“ könnten/sollten aber derartige (vorbeugend-laufende) Marktbeobachtungen,

allenfalls auch gestützt durch bereits publizierte (englischsprachige) Literatur zum Themenbereich „How to detect cartels“, dazu genutzt werden, als empirische Leitlinien für politische Entscheidungsträger zu dienen („competition advocacy“);

- 4) eine dem Wettbewerbsmonitoring vergleichbare Regelung findet sich in Section 6 des US-amerikanischen Federal Trade Commission/FTC-Act über die grundsätzliche Ermächtigung der FTC zur Sammlung und Zusammenstellung von Informationen über die Organisation, den Wirtschaftszweig, das Marktverhalten, die Geschäftspraktiken und Geschäftsführungen von Personen, die im Wirtschaftsleben tätig sind. Dies soll vor allem der FTC die Möglichkeit eröffnen, besser die Prioritäten zum Vollzug des US-amerikanischen Kartellrechts zu setzen und gegebenenfalls auch öffentlich wirksame Publikationen herauszugeben.

Zusammenfassend kann daher die Prognose gewagt werden, dass die Effizienz der im Einleitungsabsatz des obigen Abschnittes B) näher umschriebenen gesetzlichen Ermächtigung der BWB zur Durchführung eines (allgemeinen) Wettbewerbs-monitoring wohl überwiegend von der zukünftige personellen und finanziellen Ausstattung der BWB und mittelbar auch von der Bereitschaft der BWB zur „kartellbehördlichen Überwachungs-Vernetzung“ abhängen wird.

Beilage ./1 wie erwähnt

6. Regulierungsbehörden:

Frage 30: Welche Rolle sollen Ihrer Meinung nach die Regulierungsbehörden im Rahmen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht spielen?

Die (nach der Rechtssprechung gebotene) parallele Anwendung von sektorspezifischem Regulierungsrecht und allgemeinem Wettbewerbsrecht auf wettbewerblich relevante Sachverhalte in regulierten Wirtschaftsbereichen birgt aus Sicht der Studienvereinigung einige Risiken für die rechtsunterworfenen Unternehmen.

Diese „Doppelkontrolle“ ist zwar bereits aufgrund des unterschiedlichen Eingriffsansatzes – ex ante-Kontrolle des Regulierungsrechts und ex-post-Aufsicht des Wettbewerbsrechts zumindest in jenen Märkten, denen die Anwendung des allgemeinen Kartellrechts für die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbers noch nicht ausreicht, weiterhin zweckmäßig. Andererseits kann diese parallele Anwendung bei einer nicht ausreichenden

Koordination und Kommunikation zwischen den Kartell- und Regulierungsbehörden zu einem erheblichen Rechtssicherheitsdefizit bei den betroffenen Unternehmen führen. So kann es, wie auch die Rechtsprechung auf EU-Ebene zeigt, bei der Rechtsdurchsetzung durch Kartell- und Wettbewerbsbehörden zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Beurteilung desselben Sachverhalts kommen. Obwohl dies zwar mit dem Grundsatz der parallelen Anwendung von kartell- und sektorspezifischem Regulierungsrecht konsistent ist, sollten solche unterschiedlichen Ergebnisse in der kartellrechtlichen und sektorspezifischen Rechtsprechung möglichst vermieden werden. Dies setzt aber aus unserer Sicht eine Verbesserung der Zusammenarbeit der Behörden in der praktischen Fallbearbeitung voraus (siehe dazu näher unten zu Fragen 32 und 33).

Wir halten die derzeitigen Kompetenzen der sektorspezifischen Regulierungsbehörden in der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht, insbesondere die Antragsbefugnis gemäß § 36 Abs 4 Z 2 KartG und das Stellungnahmerecht in § 46 KartG für ausgewogen und auch ausreichend.

Die Regulierungsbehörden haben von ihren Antragsrechten beim Kartellgericht zwar bisher nur in Einzelfällen Gebrauch gemacht; dies liegt nach unserer Einschätzung aber vor allem darin, dass aus Sicht der Regulierungsbehörden die in den jeweiligen sektorspezifischen Rechtsgrundlagen vorgesehenen Eingriffsrechte zumeist ausreichend sind. Wie auch beim Kartellgericht anhängige Verfahren zeigen, wird das Instrument von den Regulierungsbehörden aber (wenn aus ihrer Sicht notwendig) zuletzt bereits etwas verstärkt genützt.

Eine über die bestehenden Kompetenzen der Regulierungsbehörden hinausgehende formelle Mitwirkung in der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht halten wir nicht für zweckmäßig. Insbesondere sollten Antragsrechte in der Fusionskontrolle zentralisiert bei den Amtsparteien verbleiben, um die in der Praxis ohnehin bereits bestehende Komplexität des Zusammenschlussverfahrens bei inhaltlich problematischen Fällen nicht noch weiter zu erhöhen. Auch eine Erweiterung der ohnehin bereits in Teilbereichen des sektorspezifischen Regulierungsrechts bestehenden Antragsbefugnisse der Regulierungsbehörden für die Verhängung von Geldbußen auf das allgemeine Wettbewerbsrecht ist uE abzulehnen. Die für die rechtsunterworfenen Unternehmen besonders einschneidende kartellrechtliche Sanktion der Geldbuße sollte weiterhin ausschließlich von den auf den Kartellrechtvollzug spezialisierten Amtsparteien beantragt werden können.

Wünschenswert wäre, dass die Regulierungsbehörden verstärkt von ihrem Stellungnahmerecht gemäß § 46 KartG (auch ohne Aufforderung durch das Kartellgericht) Gebrauch machen.

Frage 31: Wie werden die neuen Kompetenzen (z.B. Hausdurchsuchung nach E-ControlG; Geldbußen nach EIWOG und GWG; Abschöpfung der Bereicherung nach TKG und PMG) genutzt, wie werden diese bewertet?

Nach den Erfahrungen der Studienvereinigung werden diese neuen Kompetenzen bisher eher wenig genutzt. Sie sind zwar rechtspolitisch wegen ihrer abschreckenden Wirkung allenfalls begrüßenswert. Es sollte aber jedenfalls eine doppelte Belastung der Unternehmen durch parallele Ermittlungshandlungen der BWB und der Regulierungsbehörden soweit möglich vermieden werden (bei sich überschneidenden Kompetenzen wäre daher eine vorherige Abstimmung und „Fallverteilung“ zwischen den Behörden wünschenswert).

Frage 32: Wie sehen Sie gegenwärtig das Zusammenspiel der Regulierungsbehörden mit den allgemeinen Wettbewerbsbehörden; wie sehen Sie den Grundsatz der wechselseitigen Bedachtnahme in der Entwicklung seit 2010?

Wir sehen hier insgesamt wesentlichen Verbesserungsbedarf. Nach den Erfahrungen der Anwaltschaft gehen die kartell- und sektorspezifischen Behörden bei „fächerübergreifenden“ Fällen oft nicht ausreichend koordiniert vor. Eine engere Kooperation zwischen den Behörden ist notwendig, um nicht nur eine parallele, sondern auch eine möglichst einheitliche Rechtsanwendung im Sinne der betroffenen Unternehmen und letztlich auch der Konsumenten zu erreichen.

Aus anwaltlicher Sicht wäre somit eine bessere Abstimmung der Kommunikation mit den betroffenen Unternehmen wünschenswert. So sind in der Praxis z.B. Anmelder in Fusionskontrollverfahren, die einen Zusammenschluss in einem regulierten Wirtschaftsbereich betreffen, manchmal unterschiedlichen Auffassungen der Wettbewerbs- und der Regulierungsbehörden ausgesetzt; zum Teil gibt es auch sich inhaltlich überschneidende Ermittlungshandlungen. Eine bessere Abgrenzung und Abstimmung der jeweiligen Aufgaben und Tätigkeiten zwischen den Behörden wäre daher zweckmäßig.

Frage 33: Kooperation und Informationsaustausch zwischen der BWB und den Regulierungsbehörden ist nur teilweise formalisiert; wie sehen Sie das Verhältnis BWB – Regulierungsbehörden?

Eine weitere Formalisierung der Kooperation und des Informationsaustausches zwischen der BWB und den Regulierungsbehörden wäre aus Sicht der Studienvereinigung wünschenswert.

Dies schon deshalb, weil ein „ungeregelter“ Informationsfluss zwischen der BWB und den Regulierungsbehörden schutzwürdige Geheimhaltungs-

interessen der betroffenen Unternehmen verletzen kann. So ist z.B. der Kreis der (auch Akteneinsicht habenden) Parteien in sektorspezifischen Verfahren vor der TKK bzw. der RTR üblicherweise weiter als bei kartellrechtlichen Verfahren. Bei der Übermittlung von Ermittlungsergebnissen der BWB (oder von kartellgerichtlichen Akten) an die RTR/TKK können daher möglicherweise Wettbewerber der betroffenen Unternehmen Einsicht in die betroffenen Daten erlangen.

Zu denken wäre z.B. an ein formalisiertes Verwaltungsübereinkommen (im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben), in dem bestimmte Aspekte der Kooperation zwischen der BWB und den Regulierungsbehörden, z.B. das Ausmaß des wechselseitigen Informationsaustausches und die Behandlung von erhaltenen Informationen (Schutz vor Zugang durch dritte Wettbewerber, Nutzbarkeit für die Einleitung eigener Ermittlungshandlungen, etc.), oder auch die Zusammenarbeit bei Branchenuntersuchungen bzw. beim Wettbewerbsmonitoring, geregelt werden.

Frage 34: Wie bewerten Sie Aufbau und Struktur des Verfahrens der Auftragsvorprüfung gem. § 6a ORF-G („Public Value Test“) insbesondere mit Blick auf die Gesichtspunkte Behördenzusammenarbeit (zwischen BWB und KommAustria), Verfahrensökonomie und durchschnittliche Verfahrensdauer? Sehen Sie angesichts der grundlegenden Ausrichtung des Verfahrens Möglichkeiten der Verfahrensvereinfachung und/oder -beschleunigung?

Auf Grund der EU-rechtlichen Vorgaben für das Verfahren gemäß § 6a ORF-G besteht nur beschränkter Spielraum für eine Verfahrensstraffung, obwohl eine solche auch im Sinne der Medienkonsumenten läge.

Anzudenken wäre eine Verkürzung der in § 6a Abs 4 vorgesehenen Frist von sechs Wochen für die Stellungnahmen des Beirats und der BWB, zumal diese Frist nach der Beihilfenentscheidung der Kommission nicht zwingend vorgegeben ist.

Ansonsten halten wir die Einbeziehung der in § 6a derzeit vorgesehenen zur Stellungnahme berechtigten Behörden und Personen für sinnvoll (und auf Basis der beihilferechtlichen Vorgaben auch geboten).

7. Ausblick und Erwartungen:

Frage 35: Wo soll der wettbewerbsrechtliche Fokus/Schwerpunkt der weiteren Entwicklung Ihrer Meinung nach liegen?

Der Tätigkeitsbericht der BWB 2011 lässt eine deutliche Schwerpunkt-

setzung in der Arbeit der BWB erkennen, die sich auch in der Praxis seither bestätigt hat: Neben der Fusionskontrolle liegt das Gewicht offenkundig auf Kronzeugenfällen sowie auf der Verfolgung vertikaler Preisbindungen. Insbesondere in letzterem Bereich greift die BWB seit 2011 vermehrt auf das Instrument der Hausdurchsuchung zurück; ferner zeigt sich spätestens seit der Beendigung des Brauereien-Verfahrens im März 2012 ein starker Trend zur einvernehmlichen Verfahrensbeendigung („Settlements“ mit reduzierter Geldbuße).

Demgegenüber sind Fälle, in denen die Abstellung von anderen als bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen gerichtlich durchgesetzt wird, nach den Erfahrungen der Studienvereinigung vergleichsweise rar.

Aus rechtsökonomischer Sicht ist die Fallselektion von Behörden primär von der Schwere des untersuchten Rechtsverstoßes, der Erfolgswahrscheinlichkeit und dem mit der Verfolgung verbundenen Ressourcenaufwand abhängig. Wendet man diese Kriterien auf die von der BWB verfolgten Fälle an, so dürfte das derzeitige Schwergewicht auf Fällen mit vergleichsweise geringerem Ressourcenaufwand (Kronzeugenfälle) bzw auf Fällen mit hohen Erfolgsaussichten (vertikale Preisbindungen, die als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen verboten sind, ohne dass wettbewerbswidrige Auswirkungen nachgewiesen werden müssen) liegen.

Wie *Reidlinger* jüngst betont hat, besteht demgegenüber allerdings eventuell ein Vollziehungsdefizit bei schweren (d.h. sich volkswirtschaftlich besonders negativ auswirkenden) Verstößen, die nur vergleichsweise schwierig bzw mit großem Aufwand abgestellt werden können.³⁶ Dies deckt sich mit den Ergebnissen der Studie des Beirats aus 2010.

Die Studienvereinigung sieht den Ergebnissen des mit der KaWeRÄG 2012 gesetzlich verankerten Wettbewerbsmonitoring insofern mit Interesse entgegen. Weitere Maßnahmen, die die Effizienz der BWB bei der Abstellung von komplexen Zuwiderhandlungen stärken, wären aus Sicht der Studienvereinigung grundsätzlich ebenfalls zu begrüßen. Dabei sollten allerdings allgemeine Maßnahmen (z.B. Verstärkung der Ressourcen der BWB und Optimierung ihrer internen Organisation) den Vorzug gegenüber punktuellen Vereinfachungen bei der Beweisführung erhalten, da letztere wiederum ein Risiko suboptimaler Fallselektion – nämlich eine Konzentration auf Sachverhalte, für die eine Beweiserleichterung besteht, unabhängig von deren ökonomischer Bedeutung – begründen können.

36] Vgl Reidlinger, Zur Effizienz der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung in Österreich – Praxisbefund und Anregungen, in: Schuhmacher / Stockenhuber / Straube / Torggler / Zib (Hrsg), FS Aicher (2012) 625.

Frage 36: Wo sind die wichtigsten Handlungsfelder für den Gesetzgeber und für jene Einrichtungen, die das Wettbewerbsrecht und die Wettbewerbspolitik in Österreich tragen?

Die durch das KaWeRÄG 2012 eingeführten Änderungen standen großteils im Zeichen einer Stärkung des staatlichen Kartellrechtsvollzugs durch die BWB. Das von der BWB im Vorfeld der Novelle vielfach bemängelte „Defizit“ der Ermittlungsinstrumente nach dem WettbG gegenüber jenen, die der Europäischen Kommission nach der VO 1/2003 zur Verfügung stehen, ist damit soweit ersichtlich beseitigt; zum Teil gehen die Befugnisse der BWB sogar über jene der Kommission hinaus.

Zwar bestehen im österreichischen System jene Ineffizienzen weiter, die sich aus der Trennung zwischen der BWB als Ermittlungs- und dem Kartellgericht als Entscheidungsbehörde ergeben. Hier hat sich der Beirat allerdings in der Studie aus 2010 nach sorgfältiger Abwägung der Vor- und Nachteile für die Beibehaltung des bestehenden Systems ausgesprochen. Aus Sicht der Studienvereinigung haben sich seither keine gravierenden Neuentwicklungen ergeben, die es erfordern würden, diese Frage bereits jetzt neu zu diskutieren.

Mit Blick auf die Effizienz des Kartellrechtsvollzugs sollte mit dem KaWeRÄG daher ein zufriedenstellender Status erreicht worden sein. Allfällige weitere Verbesserungen bei der Verfolgung von Kartellrechtsverstößen wären weniger mit strukturellen oder prozessualen Änderungen zu erreichen, sondern sollten bei der im internationalen Vergleich weiterhin geringen Ressourcenausstattung der BWB bzw deren interner Organisation (zB Einrichtung von Beschlussabteilungen) ansetzen.

Aus anwaltlicher Sicht besteht aber hinsichtlich einer Reihe von Punkten, die insbesondere die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen, aber auch praktische Aspekte betreffen, weiterhin Handlungsbedarf:

- **Anwaltsprivileg:** Die österreichische Anwaltschaft hat bei verschiedenen Gelegenheiten aufgezeigt, dass ein aus Sicht der Rechtsunterworfenen nicht nachvollziehbarer Unterschied in der Behandlung der Kommunikation zwischen betroffenem Unternehmen und Anwalt („Anwaltskorrespondenz“) zwischen europäischem und nationalem Verfahrensrecht besteht bzw zumindest die BWB davon ausgeht, dass nach österreichischem Verfahrensrecht das sogenannte „Anwaltsprivileg“ nicht bestehe.³⁷

37] Zu den Stimmen in der Literatur siehe etwa Neumayr/Stegbauer, Die Reichweite des Anwaltsprivilegs, OZK 2008, 10; Zellhofer/Reichert, Der Schutz von Anwaltskorrespondenz nach Akzo Nobel – ein Privileg externer Anwälte

In einem Rechtsbereich wie dem Kartellrecht, wo aufgrund der dezentralen Anwendung des europäischen Kartellrechts die nationalen Behörden dasselbe materielle Recht vollziehen wie die europäischen Institutionen, zeigt sich dieses Ungleichgewicht und – aus Sicht des europäischen Rechtes – Rechtsschutzdefizit in besonderer Schärfe. Dies hat zur Folge, dass im Ergebnis bei einer möglichen Verletzung ein und derselben Rechtsnorm im Fall einer Hausdurchsuchung durch die BWB kein Anwaltsprivileg zur Anwendung kommt, während dies bei einer Ermittlung durch die Europäische Kommission selbstverständlich der Fall ist. Neben der Beseitigung dieses Ungleichgewichts würde eine ausdrückliche Verankerung des Anwaltsprivilegs auch grundrechtlichen Anforderungen entsprechen. Wie Rosbaud hervorgehoben hat, fällt nach der Rechtsprechung des EGMR Anwaltskorrespondenz nämlich auch dann, wenn sie sich beim Klienten befindet, in den Schutzbereich der Art 6 und 8 EMRK.³⁸ Die Anerkennung des Anwaltsprivilegs würde ferner der Bedeutung anwaltlicher Beratung in einem auf Selbstbeurteilung aufbauenden Kartellrechtssystem entsprechen: Wie Generalanwältin Kokott jüngst anerkannt hat, ist die Konsultation eines Anwalts im System der VO 1/2003 nämlich „für Unternehmen häufig der einzige Weg, sich umfassend über die kartellrechtliche Rechtslage zu informieren“³⁹ Die Studienvereinigung Kartellrecht regt daher dringend an, das Anwaltsprivileg in Österreich gesetzlich anzuerkennen.

Widerspruchsrecht bei Hausdurchsuchungen: Wie oben dargestellt (Frage 13), ist das Widerspruchsrecht gegen die Einsichtnahme aus Sicht der Studienvereinigung durch das KaWeRÄG zu restriktiv gefasst worden. Dies betrifft sowohl die Beschränkung des Widerspruchsrechts auf Verschwiegenheitspflichten und Aussageverweigerungsrechte als auch Modalitäten seiner Ausübung.

- **Zweite Tatsacheninstanz:** Der OGH geht bekanntlich in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass er im kartellrechtlichen Rekursverfahren nicht als Tatsacheninstanz tätig wird. De lege ferenda resultiert daraus eine gravierende Rechtsschutzlücke; insbesondere ist die Bekämpfung von Feststellungen, die aufgrund eines Sachverständigengutachtens getroffen werden, damit kaum mit Aussicht auf

und ihrer Mandanten, ÖZK 2011, 43; Rosbaud, Zur Durchsuchung einer Anwaltskanzlei im Kartellverfahren, wbl 2010, 433; Gruber, Das „Anwaltsprivileg“ im Wettbewerbsrecht, ÖZK 2010, 103.

38] Rosbaud, Zur Durchsuchung einer Anwaltskanzlei im Kartellverfahren, wbl 2010, 433 (441 mwN).

39] RS C-681/11 – *Schenker u.a.*, Schlussanträge vom 28.2.2013, Rz 57.

Erfolg möglich (s. dazu oben, Fragen 10f). Die Studienvereinigung regt daher an, im Kartellgesetz vorzusehen, dass der OGH in Rekursverfahren als Tatsacheninstanz tätig wird (ggf aufgrund der dort geltenden strengen Fristen mit Ausnahme des Fusionskontrollverfahrens).

- **Ausnahmen vom fusionskontrollrechtlichen Durchführungsverbot:** Die Studienvereinigung hat bereits mehrfach angeregt, die Ausnahmen vom Durchführungsverbot, wie sie in der FKVO und im deutschen GWB enthalten sind, auch in das KartG aufzunehmen. Es handelt sich hierbei um die Ausnahmen im Zusammenhang mit einem öffentlichen Übernahmeangebot bzw. dem Erwerb von Wertpapieren, sowie solchen im Zusammenhang mit drohenden schweren Schäden für eines der beteiligten Unternehmen. Solche Regelungen gehören mittlerweile zum internationalen Standard⁴⁰ ferner wirft die derzeitige Rechtslage nach dem KartG immer wieder erhebliche praktische Probleme auf.

40] Dass die fusionskontrollrechtlichen Fristen bei öffentlichen Übernahmen zu Problemen führen können, ist auch in den Recommended Practices des ICN anerkannt. S. ICN, Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures, S. 10.

A10. Stellungnahme Sektion Konsumentenpolitik, BMASK

Juni 2013

Die Sektion Konsumentenpolitik bedankt sich ausdrücklich für die erstmalige Einbindung in die Reformdiskussion zum Kartellrecht, aktuell in den Follow-up Prozess der Beiratsstudie „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ und nimmt im Folgenden zu ausgewählten Fragen aus der Frageliste des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen – Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik Stellung.

Die Wettbewerbspolitik ist seit jeher eine sehr spezifische Materie, die nur einem relativ kleinen Kreis von SpezialistInnen und institutionell zuständigen Einrichtungen und Personen zugänglich ist bzw von diesem wahrgenommen wird. Auch die Sektion Konsumentenpolitik ist in keiner Weise institutionell in der Wettbewerbspolitik (im europäischen Sinne) verankert, sondern lediglich im Rahmen von Begutachtungsverfahren zu legislativen Vorbereitungsarbeiten – national wie europäisch – befasst. In diesem Rahmen hat das Sozialministerium auch zum Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU Wettbewerbsrechts Stellung genommen und sich im Stellungnahmeprozess zum Weißbuch 2011 eingebracht.

Nichtsdestotrotz haben alle konsumentenpolitischen Einrichtungen regelmäßig darauf hingewiesen, dass Verletzungen des Kartellrechts, soweit es Absprachen oder die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung betrifft, massive Auswirkungen auch auf KonsumentInnen hat und es unbefriedigend ist, dass aus diesem Umstand von der Politik bis heute keinerlei Konsequenzen gezogen wurden. Gefordert wurde und wird die Schaffung von Voraussetzungen, die eine – bis heute nur theoretisch mögliche – Verfolgung von Schadenersatzansprüchen in Folge von Kartellrechtsverstößen erleichtern bzw ermöglichen.

Vor diesem Hintergrund fokussieren die folgenden Überlegungen auf Fragen, die aus Sicht der Konsumentenpolitik wichtig erscheinen, insbesondere auf Maßnahmen, die geeignet sind, den Schäden, die KonsumentInnen durch Kartellrechtsverstöße erleiden, Rechnung zu tragen bzw diese zu vermeiden. Verfahrensrelevante Fragen (2.2.-2.5.) sowie Fragen zur Fusionskontrolle werden mangels praktischer Erfahrungen nicht beantwortet.

Die Wettbewerbspolitik hat in den letzten Jahren zweifellos an Relevanz – sowohl was die Rechtsdurchsetzung als auch die Wahrnehmung der Wettbewerbspolitik betrifft – zugenommen. Dies geht einher mit einigen

rechtlichen Verbesserungen, die vorgenommen wurden. Insbesondere sind hier die Bekanntmachungspflichten der Bundeswettbewerbsbehörde nach § 10b WettbewerbsG, die deren Anträge sowie die Entscheidungen des Kartellgerichts (seit der jüngsten Novelle BGBl I Nr. 13/2013 liegt die Verpflichtung zur Veröffentlichung der rechtskräftigen Entscheidungen beim Kartellgericht) umfassen, und die Kronzeugenregelung zu erwähnen.

Zur Transparenz und Veröffentlichungspflicht:

Durch § 10b hat die Transparenz über die Ergebnisse der Ermittlungstätigkeit der BWB sowie die Entscheidungen des Kartellgerichts zweifellos zugenommen. Allerdings muss kritisch bemerkt werden, dass durch die nur fakultative Nennung von Unternehmensnamen und Art der vermuteten Zuwiderhandlung sowie die in der Praxis sehr allgemein und knapp gehaltene Form der Bekanntmachungen fraglich ist, was KonsumentInnen oder Konsumenteneinrichtungen daraus konkret gewinnen können. Hier ist die „Nachfolgeregelung“ des § 37 Kartellgesetz, die das Kartellgericht verpflichtet, rechtskräftige Entscheidungen durch Aufnahme in die Ediktsdatei zu veröffentlichen, hinsichtlich der zu veröffentlichenden Elemente weit konkreter. Es bleibt abzuwarten, in welchem Ausmaß die Kartellgerichte den Wünschen der Parteien nach Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse nachkommen bzw dem legitimen Interesse der Öffentlichkeit nach Information Rechnung tragen werden. Erstaunlich ist in diesem Zusammenhang, dass – obwohl die Regelung seit 1.3.2013 in Kraft ist und seitdem bereits rechtskräftige Entscheidungen vorliegen – bislang keine Entscheidung in der Ediktsdatei zu finden ist.

Ergänzend dazu sei hinsichtlich der Informationspraxis der BWB bemerkt, dass es aus konsumentenpolitischer Sicht – auch wenn dazu keine gesetzliche Verpflichtung besteht – zur Verbesserung der Transparenz wünschenswert wäre, KonsumentInnen auch über zivilrechtliche Follow-up Verfahren (beispielsweise zum Aufzugkartell) oder auch Verfahren von rechtspolitischer Bedeutung wie die Rechtssache C –536/11 (BWB gegen Donau Chemie AG ua betreffend Einsichtsrechte gem § 39 Abs 2 KartG) zu informieren. Auch fachliche Informationen – sowohl über die europäische Rechtsprechung aber auch über rechtspolitische Entwicklungen wie zB rund um *private enforcement* – fehlen auf der Homepage der BWB völlig und wären für alle Fachkreise wie auch die Öffentlichkeit aufschlussreich. Es finden sich zwar die Rechtstexte auf der Homepage – auch das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb und das Verbraucherbehörden-Kooperati-

onsgesetz –, Erläuterungen über die Zielrichtung dieser Regelungen und Bedeutung für die MarktteilnehmerInnen fehlen aber.

Zur Frage, wie zeitnah über Verfahren und Entscheidungen informiert werden soll, spricht sich die Sektion Konsumentenpolitik durchaus dafür aus, dass grundsätzlich über alle – auch noch nicht rechtskräftige – Entscheidungen informiert werden sollte. Wenn deutlich darauf hingewiesen wird, dass es sich bei der Entscheidung um eine noch nicht rechtskräftige handelt, spricht uE nichts gegen eine Veröffentlichung. Für die Fachkreise ist eine Entscheidung auch in diesem Stadium interessant und gibt Einblicke in die juristische Sichtweise des Gerichts.

Zur Kronzeugenregelung:

Entsprechend den Erfahrungen in anderen EU MS ist es primär die Kronzeugenregelung, die zum Aufdecken von Kartellen geführt hat. Diese hat die Diskussion allerdings noch stärker auf die Frage konzentriert, ob die Wettbewerbspolitik primär im öffentlichen Interesse liegt oder der Durchsetzung der Kompensation der Geschädigten dient. Es besteht zwar Einigkeit hinsichtlich des Umstandes, dass grundsätzlich auch Kronzeugen für privatrechtlich entstandene Schäden zu haften haben. Bei der Frage, ob und wie die Durchsetzung schadenersatzrechtlicher Ansprüche erleichtert werden kann/soll, zeigt sich aber, dass die BefürworterInnen eines primär öffentlichrechtlichen Ansatzes vehement vor Erleichterungen der privatrechtlichen Durchsetzung warnen und darin negative Anreize für KronzeugInnen sehen. Der Sektion Konsumentenpolitik ist durchaus bewusst, dass es sich hier um eine Gratwanderung handelt. Dennoch muss ein Weg gefunden werden, der nicht zuletzt den europäischen Leitlinien bzw der Rechtsprechung des EuGH (vgl. Rs Manfredi, C-295-298/04 und Rs Courage Ltd, C-453/99) genügend dazu führt, dass KonsumentInnen tatsächlich in die Lage versetzt werden, Schadenersatzansprüche durchzusetzen. Dass KronzeugInnen generell von der Haftung für Schadenersatzansprüche befreit sind, würde – wie im übrigen auch die BWB in ihrer Stellungnahme vom 15.7.2008 zum Weißbuch der EK „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG Wettbewerbsrechts“ bemerkt – „auch Probleme im Zusammenhang mit dem in Österreich verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums aufwerfen, weil ... möglicherweise als unverhältnismäßig oder unsachlich zu werten“.

Verbesserungen durch die Novelle I Nr. 13/2013

Einige Verbesserungen der jüngsten Novelle BGBI I Nr. 13/2013 werden in diesem Zusammenhang ausdrücklich begrüßt. Die Entscheidungsveröffentlichungspflicht des § 37 KartG wurde bereits erwähnt. § 37 a KartG sieht erfreulicherweise die Bindungswirkung des Zivilgerichts an eine rechtskräftige Entscheidung des Kartellgerichts hinsichtlich der Feststellung vor, dass ein Unternehmen die Rechtsverletzung rechtswidrig und schuldhaft begangen hat. Auch die Hemmung der Verjährungsfrist ist selbstverständlich positiv zu sehen. Ebenso wird begrüßt, dass die Regulatoren auch dann Zutritt zum Verfahren haben, wenn die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist und ihnen keine Parteistellung zukommt oder auch, dass die BWB nun Entscheidungsbefugnis zur Durchsetzung ihrer Ermittlungsbefugnisse hat. Schließlich ist es sehr erfreulich, dass die BWB nun ausdrücklich zwei weitere Aufgaben erhält, nämlich die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nach UWG (wobei die Klagsbefugnis bereits seit 2007 besteht, ohne dass die BWB diese nur einmal in Anspruch genommen hätte) und die Durchführung eines Wettbewerbsmonitorings. Beides deutet in die Richtung, dass der Zweck der europäischen Wettbewerbspolitik, nämlich die faire Gestaltung der Marktbedingungen für alle MarktteilnehmerInnen einschließlich der KonsumentInnen, stärker in den Blick kommt. Zu hoffen ist, dass dies auch zu einer besseren Ressourcenausstattung der BWB und in der Folge auch dazu führt, dass diese Bereiche auch mit Leben erfüllt werden. Bedauerlicherweise wurde die Aufgabe der BWB als zuständige Behörde im Rahmen der Zusammenarbeit der europäischen Verbraucherschutzbehörden nicht als explizite Aufgabe im Gesetz verankert.

Die Durchführung eines Wettbewerbsmonitorings wird uE eine intensive Marktbeobachtung und eine enge Zusammenarbeit mit verschiedensten Akteuren erfordern, vor allem in Bereichen, in denen Marktkonzentrationen besonders stark Platz greift. Zu denken ist hier jedenfalls an die Regulatoren RTR GmbH und E-Control, aber auch die FMA und die Wirtschaftskammer. Am realistischsten und wohl auch effektivsten werden fokussierte qualitative Untersuchungen von bekanntermaßen wettbewerbsschwachen bzw sehr konzentrierten Märkten (dh LEH, Energie, Telekommunikation, Mineralöl) sein. Inwieweit die öffentlich verfügbaren Daten (s. die Einschränkung in § 11a Abs 9 WettbG) dazu ausreichend sind, um dieser Aufgabe sinnvoll nachkommen zu können, wird sich weisen. Zunächst wird zu prüfen sein, welche öffentlich verfügbaren Daten ausreichende Aussagekraft haben, ob eine längerfristige Erhebung zusätzlicher statistischer Daten

realisierbar ist, und welche Ergebnisse damit erzielbar sind. Auf dieser Basis wird zu bewerten sein, welche zusätzlichen Instrumente nötig sind, um Monitoring sinnvoll gestalten zu können.

Zu Settlement-Verfahren:

Es ist verständlich, dass die BWB Instrumente zur Beschleunigung von Verfahren begrüßt – dies einerseits aus Ressourcengründen, andererseits aber auch aus Effektivitätsüberlegungen. Je rascher ein Verfahren abgeschlossen ist, umso schneller und sicherer können negative Auswirkungen am Markt verhindert werden. Unbefriedigend ist allerdings, dass dadurch die Transparenz der Verfahren weiter sinkt, da das Kartellgericht diesfalls gem § 39 Abs 4 AußStrG auf eine Begründung verzichten kann. Dadurch wird zum einen die Rechtsfortbildung beschränkt, zum anderen ist mangelnde Transparenz aber auch deshalb problematisch, weil dadurch möglicherweise nachfolgende Schadenersatzverfahren noch schwerer zu führen sein werden. Freilich hängt dies maßgeblich von der konkreten Anwendung dieser Verfahren ab. Wenn Settlement-Verfahren dazu führen, dass die Beweislage – sei es von BWB oder vom Gericht – weniger in die Tiefe erhoben wird, wird sich dieses Beweismanko negativ auf nachfolgend durchzusetzende Schadenersatzansprüche auswirken. Es kann aber auch zur Folge haben, dass die Geldbuße uU geringer bemessen wird als dies bei dichterer Beweislage der Fall wäre. Diesfalls bestünde ein grundsätzliches Problem sowohl hinsichtlich der repressiven wie auch der präventiven Wirkung von Kartellverfahren.

Dass diese Form der Verfahrensbeendigung ua das *private enforcement* schwächt, wird auch von BefürworterInnen gar nicht bestritten (s. ÖZK 2012/3, S. 87). Es wird aber damit gerechtfertigt, dass der öffentlichen Aufdeckung gegenüber dem *private enforcement* der Vorzug zu geben wäre. Dem kann aus konsumentenpolitischer Sicht natürlich nicht zugestimmt werden. Beide Zugänge sind gleichermaßen legitim und wichtig. Es wird – um Vergleiche mit anderen Bereichen zu ziehen – auch keine Priorität des Strafrechts gegenüber dem Privatrecht behauptet, sondern beide stehen grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander. Wenn die Abstellung von Kartellrechtsverstößen mittels Settlement-Verfahren rascher und effektiver erfolgt, kann dies – wie erwähnt – natürlich für die Anwendung derartiger Verfahren sprechen.

Hinsichtlich der (angesichts von Settlement-Verfahren mitunter geringeren Chance der) Kompensation des Schadens bei Privaten könnte man neben *private enforcement* auch eine gesetzliche Zweckwidmung der

Bußgelder zu Gunsten der Konsumenteninteressen (etwa an einen zu gründenden Fonds (dessen Mittel für die Finanzierung von Konsumentenprojekten verwendet werden) oder an Konsumenteneinrichtungen) überlegen. Damit könnte der dämpfende Effekt von Settlement-Verfahren unter Umständen ausgeglichen werden.

Die Beurteilung dieser Verfahren hängt aber auch von der Gestaltung der übrigen Rahmenbedingungen iZm *private enforcement* ab.

Wenn das Auskunftsrecht gem § 39 Abs 2 KartG im Lichte der Schlussanträge des Generalanwalts in der Rs C-536/11 dahingehend geändert wird, dass es nicht mehr in der alleinigen Entscheidung der Parteien steht, ob Einsicht in die Gerichtsakten (evt mit Ausnahme der corporate statements der KronzeugInnen) gegeben wird, kann damit – zumindest teilweise - die mangelnde Begründung von Settlements kompensiert werden. Freilich setzte dies auch voraus, dass die BWB dem Kartellgericht die ihr bekannten Unterlagen im Verfahren vorlegt. Eine Novellierung des § 39 Abs 2 wurde seitens des Sozialministeriums in der Begutachtung zur letzten Novelle gefordert (Einsichtsrecht für legitimierte Verbände), aber leider nicht realisiert.

Weiters stellt sich für die Gestaltung zukünftiger follow on Verfahren die Frage, in welchem Ausmaß die Kausalität nachgewiesen werden soll und wie die Schadenshöhe festzusetzen wäre. Hier wäre es aus Sicht der Sektion Konsumentenpolitik notwendig, dass hinsichtlich der Kausalität die Beweislast umgekehrt und zunächst das Vorliegen der Kausalität vermutet wird. Was die Schadenshöhe betrifft, wird es in der Regel sinnvoll und notwendig sein, dass das Gericht von § 273 ZPO Gebrauch macht und die Höhe nach freiem Ermessen festsetzt. Unter derartigen Rahmenbedingungen könnte von Konsumentenschutzseite gegenüber den Settlement-Verfahren eine wesentlich positivere Haltung eingenommen werden. Es kann nicht zielführend sein, eine Wertungspriorisierung zwischen öffentlichem Vollzug und Zivilrecht vorzunehmen. Vielmehr müssen beide gestärkt werden. Der Vorteil für Unternehmen, eine geringere Geldbuße zu gewärtigen, wird uE nach wie vor schwerer wiegen als das zahlenmäßig uE weitaus geringere Risiko von Schadenersatzklagen.

Zur Zusammenarbeit mit Regulierungsbehörden:

Nach unseren Informationen ist die Kooperation zwischen Wettbewerbsbehörden und Regulatoren als positiv einzuschätzen. Eine Abstimmung der Schwerpunktsetzungen zwischen diesen Einrichtungen wäre jedenfalls wünschenswert.

Zusammenfassung:

Aus konsumentenpolitischer Sicht ist es wichtig, die Bedeutung/ Fruchtbarmachung der Wettbewerbspolitik für die Konsumentenpolitik voranzutreiben. Dies müsste einerseits durch die Stärkung des *private enforcement* erfolgen. Andererseits müssten alle Maßnahmen, die zu höherer Transparenz, besserer Information und zu mehr Bewusstseinsbildung hinsichtlich kartellrechtswidrigen Handelns beitragen können, aktiver betrieben werden. Auch engagiertes Wettbewerbsmonitoring kann dazu führen, frühzeitig auf sensible Bereiche aufmerksam zu werden.

A11. Stellungname Bundeswettbewerbsbehörde¹

Juni 2013

1. Grundsätzliches:

Zur Lage des Wettbewerbs in Österreich ist kurz gefasst festzuhalten:

- In Summe wurden 117 Mio. EUR Geldbußen gegen Unternehmen wegen Kartellverstößen verhängt.
- 2012 wurden von der BWB 19 Hausdurchsuchungen durchgeführt. Insgesamt wurden bisher 59 Hausdurchsuchungen von der BWB durchgeführt.
- 2012 wurden bei der BWB 307 Zusammenschlussvorhaben angemeldet und von der BWB geprüft. Ebenso wurden rund 300 Zusammenschlussvorhaben der Europäischen Kommission überprüft
- 2012: 63 Kartellfälle.
- 2012: 33 Marktmachmissbrauchsfälle.
- 20 Fallbearbeiter in der BWB
- Budget der BWB: 2,7 Millionen Euro

Trotz der im internationalen Vergleich limitierten Ressourcen² konnten im Hinblick auf die Verwirklichung des gesetzlich vorgegebenen Zieles der BWB in den letzten Jahren wesentliche Erfolge erzielt werden:

- Das Bewusstsein für Fragen des Wettbewerbsrechtes konnte merklich gesteigert werden.³

1] Die vorliegende Stellungnahme ist zu wesentlichen Teilen auf Grundlage einiger Publikationen entstanden, an denen u.a. Mitarbeiter der Behörde als Autoren mitgewirkt haben, insbesondere: Gänser/Harsdorf/Xeniadis, „Hausdurchsuchung Neu: Eine verpasste Chance zur Annäherung an das Europäische Vollzugs Umfeld (Teil I und Teil II)“, ÖZK 2013, 20 und 43; Xeniadis/Kühnert, „Einvernehmliche Verfahrensbeendigung in Kartellverfahren“, ÖZK 2012, 83.

2] Vergleicht man die Wettbewerbsbehörden annähernd gleich großer europäischer Ländern mit der BWB, ist diese hinsichtlich der personellen als auch in der budgetären Ausstattung Schlusslicht: Niederlande: 395 MA, Tschechien: 153 MA, Finnland: 150 MA, Ungarn: 125 MA, Estland: 62 MA, Slowakei: 61 MA, Belgien: 59 MA, Irland: 59 MA, Lettland: 37 MA, Österreich: 34 MA. Das Budget der BWB von ca. 2,5 Mio. EUR deckt momentan hauptsächlich Personal- und Mietkosten. Das „frei“ zur Verfügung stehende Budget (somit jenes, das für Ermittlungshandlungen geplant ist) beschränkt sich auf wenige 100.000 EUR.

- Gleiches gilt für das Interesse an Compliance und den Zulauf zu Präventionsveranstaltungen.⁴
- Die BWB wird von den beteiligten Verkehrskreisen als Problemlöser wahrgenommen.
- Die durch die BWB geleistete Arbeit wird international anerkannt; das Rating der Behörde ist konstant gut.⁵
- Die Kooperationsbereitschaft von Unternehmen, die der Übertretung von Kartellvorschriften überführt wurden, steigt.

Auch von der EU-Kommission wird die Kompetenz der BWB anerkannt und eine Erweiterung ihrer Befugnisse empfohlen: In jüngst veröffentlichten Empfehlungen für den Bankensektor wurde die Stärkung der Ressourcen und der Befugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde vorgeschlagen.

2. Allgemeine Verfahrensfragen:

2.1. Verfahren vor der BWB:

Zur Frage des Rechtsschutzes im wettbewerbsrechtlichen Vorverfahren ist der Ablauf des letzteren sowie die derzeitige Behördenorganisation strikt im Auge zu behalten:

Rechtsschutz

Die BWB ist bloßes Ermittlungsorgan, d.h. sie kann – mit Ausnahme der Auskunftsbescheide, deren praktische Bedeutung sich aber wohl in Grenzen halten wird – keine rechtsverbindlichen Entscheidungen erlassen, die mit Eingriffen in die Rechtssphäre Dritter einherginge. Schon aus diesem Grund sind Rechtsschutzdefizite schwer vorstellbar. Zu Hausdurchsuchungen siehe gesondert Punkt 2.5.

3] Dies spiegelt sich nicht zuletzt in zahlreichen Einladungen zu Vorträgen wider, in welchen die Referenten der BWB die rechtlichen Rahmenbedingungen erläutern.

4] Die BWB veranstaltet regelmäßig einen Competition Talk, der immer überbucht ist. Siehe dazu auch: <http://www.bwb.gv.at/Veranstaltungen/Seiten/default.aspx>

5] Global Competition Review, Enforcement Rating 2013: „*On the cartel front, Rating Enforcement's smallest competition team sprung into action last year [...] Many of the agency's problems stem from scarce financial and human resources.*“

Akteneinsicht AVG

Die Vorschriften des AVG über Akteneinsicht sind – wie das gesamte AVG – auf ein Verfahren zugeschnitten, das zur Erlassung eines Bescheides führt und auch nur im Rahmen eines solchen notwendig und gerechtfertigt. Es ist nicht nachvollziehbar, warum sie auf die Ermittlungen der BWB übertragbar sein sollen, die im für das Unternehmen schlimmsten Fall ja bloß zu einem Antrag an das Kartellgericht führen können. Im Lichte der jüngsten europäischen Jud (Vorabentscheidung Donauchemie) gibt es auch dort jedenfalls kein Informationsdefizit mehr, das etwa die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im Wege stehen könnte.

Transparenzpflichten

Transparenzpflichten haben systemkonform die Entscheidungsbehörde zu treffen, d.h. das Kartellgericht; § 37 KartG neu ist daher als ein Schritt in die richtige Richtung zu begrüßen. An „Europäischen Standards“ bzgl Transparenz und Verfahrensgarantien wird sich die Bundeswettbewerbsbehörde erst dann zu messen haben, wenn auch ihre Befugnisse solchen „Europäischen Standards“ entsprechen, d.h. sie Entscheidungsbehörde geworden ist. Unter Berücksichtigung ihrer limitierten Befugnisse als bloße Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde sind die derzeitigen Regelungen ausreichend.

Leitlinien

Zur Frage der Veröffentlichung von Leitlinien zu Grundsatzthemen ist z.B. auf die jüngst veröffentlichten Leitlinien zu vertikalen Preisbindungen hinzuweisen. Die Bundeswettbewerbsbehörde bekennt sich im Sinne gesteigerter Rechtssicherheit grundsätzlich dazu, ihre Sichtweise zu allgemeinen Problemstellungen gegenüber der interessierten Öffentlichkeit darzulegen, wird sich aber schon aus Zweckmäßigkeitserwägungen auf Themen beschränken, die in ihrer Ingerenz liegen. Guidelines der Bundeswettbewerbsbehörde beispielsweise zur Geldbußenberechnung machen keinen Sinn, solange es nicht die BWB ist, die über Verhängung und Höhe derselben entscheidet. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass die Bundeswettbewerbsbehörde und die österreichischen Gerichte in der Auslegung der materiellrechtlichen europäischen Wettbewerbsvorschriften an die Auslegung des EuGH gebunden sind. Die Europäische Praxis und Judikatur spiegelt sich in den Leitlinien der Europäischen Kommission wider, an deren Ausarbeitung die nationalen Wettbewerbsbehörden mitgewirkt haben. Es würde wenig Sinn machen diese Leitlinien zu duplizieren.

2.2. Österreichische Verjährungsregel schützt Kartellanten: Verjährung wird durch Verfolgungshandlungen nicht unterbrochen

§ 33 KartG sieht folgende Regelung vor: „Eine Geldbuße darf nur verhängt werden, wenn der Antrag binnen fünf Jahren ab Beendigung der Rechtsverletzung gestellt wurde.“ Die Bestimmung übernimmt beinahe wortgleich § 21 Absatz 2 KartG 1988 (idF vor der Novelle 2002), welcher die Verjährung der Befugnis betraf, eine Abschöpfung einer durch einen Wettbewerbsrechtsverstoß entstandenen Bereicherung zu erwirken. Eine dem § 33 KartG ähnliche Bestimmung, welche heute noch in Kraft ist, findet sich im ABGB, dessen § 1497 die zivilrechtliche Verjährungsunterbrechung normiert. Diese tritt u.a. dann ein, wenn ein Anspruch mit Klage geltend gemacht wird und diese gehörig fortgesetzt wird. Der Vergleich des § 33 KartG mit § 1497 ABGB trifft jedenfalls zu und wirft Fragen nach der Effektivität des österreichischen Wettbewerbsrechts auf. Dies umso mehr, als die Verfolgung von Wettbewerbsrechtsverstößen durch die BWB öffentlich-rechtlicher Natur ist, auch wenn das nachgelagerte gerichtliche Verfahren zur Verhängung eines Bußgeldes gewisse zivilrechtliche Züge aufweist.

Die Betrachtung verschiedener Verjährungsregelungen im Bereich der öffentlich-rechtlichen Straf- und Deliktsverfolgung unterstreicht sowohl die systemfremde Natur der Verjährungsregel des § 33 KartG als auch ihre mangelnde Hinlänglichkeit, einen effektiven Wettbewerbsrechtsvollzug zu ermöglichen. Als Beispiel typische Verjährungsregeln im öffentlich-rechtlichen Bereich können die Regelungen des StGB, des FinStrG und des VStG angeführt werden. Diese werden dem öffentlichen Interesse an der Verfolgung von Handlungen, die der Allgemeinheit bzw. dem Staat Schaden zufügen, eher gerecht als eine dem § 1497 ABGB ähnliche Norm. Nicht umsonst gilt im kartellgerichtlichen Verfahren der Untersuchungsgrundsatz des AußStrG, wobei sich das KG bei seinen amtswegigen Erhebungen jedoch im Rahmen der Anträge der Parteien zu halten hat. Es liegt nämlich nicht nur im öffentlichen Interesse, wettbewerbsschädigende Handlungen zu unterbinden, sondern auch vergangene Verstöße für Zwecke der Spezial- und Generalprävention zu ahnden.

Den eben genannten Bestimmungen des StGB, des FinStrG und des VStG ist es gemein, dass sie allesamt ermittlungs- und verfolgungsfreundlich sind und daher den zuständigen Behörden einen effektiven Gesetzesvollzug zur Wahrung des öffentlichen Interesses ermöglichen.

Diesem Gedanken entspricht auch die Lösung, welche auf europäischer Ebene bereits seit 1974 durchgehend rechtlich verankert ist. Dazu ist anzumerken, dass die Verordnung 17/62 des Rates mit dem Titel „Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages“ keine Verjährungsregel enthielt, sodass diesbezüglich eine Rechtslücke entstanden war, die jedoch durch den EuGH mit einem Urteil vom 15. 7. 2007 geschlossen wurde. Der EuGH stellte fest, dass die Rüge, mit der die Antragstellerin die Verjährung ihres Verstoßes geltend machen wollte, zurückzuweisen sei, da die Vorschriften welche die Befugnis der Kommission zur Verhängung von Geldbußen regeln, keine Verjährung vorsehen. Es sei Sache des Gemeinschaftsgesetzgebers, allenfalls Verjährungsfristen festzulegen. Letzter reagierte rund vier Jahre später mit dem Erlass der VO 2988/74 „über die Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung im Verkehrs- und Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft“.

Die damals schon modernen Bestimmungen der VO 2988/74 finden sich im Wesentlichen auch in der VO 1/2003 wieder, sodass, wie oben bereits erwähnt, die Rechtsordnung der Europäischen Union seit Mitte der 70er eine adäquate Verjährungsregel für den Vollzug des Wettbewerbsrechts kennt. Mehr als drei Jahrzehnte später ist das österreichische KartG an diesem Punkt noch immer nicht angelangt. § 33 KartG hinkt der Bestimmung des Artikels 25 der VO 1/2003 entscheidend hinterher. Letzterer sieht vor, dass die Verjährung der Befugnis zur Festsetzung von Geldbußen oder Zwangsgeldern durch jede auf Ermittlung oder Verfolgung der Zuwiderhandlung gerichtete Handlung der Kommission oder der Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats ab dem Zeitpunkt unterbrochen wird, zu dem diese Handlung mindestens einem an der Zuwiderhandlung beteiligtem Unternehmen bekannt gegeben wird. Als Handlung i.S.d. Artikels 25 der VO 1/2003 gilt bereits ein nicht näher qualifiziertes schriftliches Auskunftsverlangen der Kommission oder einer mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde. Zudem gilt, dass die so erwirkte Unterbrechung bei allen an einem Verstoß beteiligten Unternehmen zu tragen kommt, auch wenn diese noch nicht von den Ermittlungen informiert wurden.

Durch das Zusammenspiel bzw. durch die Koexistenz des KartG und der VO 1/2003 ergibt sich die eigentümliche Situation, dass Handlungen von Unternehmen im Rahmen des Vollzuges des unionsrechtlichen Wettbewerbsrechts unterschiedlichen Verjährungsregeln unterworfen sind. Wird die österreichische Behörde in einem Fall tätig und wendet dabei die Artikel 101 oder 102 AEUV an, so richtet sich ihre Befugnis, die

Verhängung eines Bußgeldes zu beantragen, nach § 33 KartG, sodass die Verjährung erst durch einen Bußgeldantrag an das Kartellgericht unterbrochen werden kann. Ein vorangegangenes Auskunftsverlangen oder eine Hausdurchsuchung reichen hierzu nicht. Übernimmt die Kommission eben diesen Fall, findet auf dieselben Handlungen die Vorschrift des Artikels 25 der VO 1/2003 Anwendung, sodass die Verjährung bereits mit den vorhin genannten Ermittlungshandlungen durch die BWB unterbrochen wurde. Dieses Ergebnis mutet ganz offensichtlich merkwürdig an.

Eine Annäherung der Verjährungsregel in § 33 KartG an Artikel 25 der VO 1/2003 ist jedenfalls wünschenswert und dies nicht nur aus Gründen des einheitlichen Vollzuges des europäischen Wettbewerbsrechts. Vor allem die Verjährungsanfälligkeit des österreichischen Wettbewerbsrechtsvollzuges an sich verlangt nach einer Reform des § 33 KartG. Durch das aktuell geltende Recht wird die BWB gegenüber anderen Behörden bei der Ahndung von vergangenen Rechtsverstößen deutlich benachteiligt, sodass die Glaubwürdigkeit des Vollzuges des österreichischen Wettbewerbsrechts auf dem Spiel steht. Dies gilt umso mehr, als der Beweis einer fortdauernden Zuwiderhandlung gerade bei den besonders schädlichen (horizontalen und vertikalen) Preisabsprachen meist nur schwer zu führen ist und daher bereits vergangene Handlungen während laufender Ermittlungen verjähren.

Sohin stellt die zeitliche Einschränkung der BWB bei der erfolgreichen Bußgeldantragstellung einen Anreiz für Unternehmen dar, Ermittlungen zu verzögern. Zwar ist es Unternehmen nach der jüngsten Novellierung des WettbG und des KartG durch das KaWeRÄG 2012 nur noch eingeschränkt möglich, Ermittlungshandlungen unnötig in die Länge zu ziehen, Versuche werden aber nicht unterbleiben, von der österreichischen Verjährungsregelung möglichst ausgiebig profitieren zu können. Dies ist auch in konkreten Verfahren bereits geschehen. Auch die Kronzeugenregelung leidet unter § 33 KartG, da Verjährung relativ rasch einsetzt und auch Ermittlungen der BWB diese nicht aufhalten kann. Dadurch erübrigt sich in vielen Fällen aus taktischen Gründen eine Kooperation mit der BWB zur Aufklärung eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht. Einmal mehr betont dies wiederum die Bedeutung des effizienten Ermittlungsinstrumentes der Hausdurchsuchung zur raschen Beweisbeschaffung. Deshalb wäre eine Anpassung an die im sonstigen öffentlichen Vollzug (sowie Europäischen Kartellrecht) vorgesehenen Verjährungsregeln dringend angezeigt. Erstaunlich ist, dass der Gesetzesgeber hier keinen Handlungsbedarf sieht, obwohl er in derselben Novelle anmerkt, dass „Geldbußenverfahren sich stärker an den Rechtsschutzstandards für das

Strafverfahren orientieren sollten, wobei hier insbesondere an die Verteidigungsrechte zu denken ist.“

2.3. Sachverständige:

Die Rolle der Sachverständigen (SV) im kartellrechtlichen Verfahren ist vielfach diskutiert worden, weswegen an dieser Stelle einige wenige grundsätzliche Anmerkungen ausreichend erscheinen.

Sowohl in Missbrauchs- als auch in Zusammenschlusskontrollverfahren kommt den SV in der Praxis verfahrensentcheidende Rolle zu – es sind ho. keine Fälle bekannt, in denen sich das Kartellgericht über SV-Gutachten hinweggesetzt hätte, d.h. von seinem Recht Gebrauch gemacht hätte, im Rahmen der freien Beweiswürdigung das Beweismittel SV-Gutachten wegen inhaltlicher Mängel nicht zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen. Dies ist besonders deswegen problematisch weil sich der OGH als KOG beharrlich weigert, die Beweiswürdigung/Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes zu überprüfen.

Letztere RSp hat natürlich unmittelbar zur Folge, dass – trotz exorbitanter Kosten der Gutachten – keinerlei Druck zu angemessener Qualität entsteht; ein Zustand, der in mehrfacher Hinsicht bedauerlich ist. Dies umso mehr, weil Äußerungen der BWB im Verfahren – systemkonform – als Parteilichvorbringen gelten und deshalb unabhängig von ihrer Qualität schon deswegen die Heranziehung von SV nicht substituieren können.

Fraglich ist, wie dieses Problem im derzeitigen, kartellgerichtlichen System gelöst werden kann. Einerseits sind vom KG klare, auf Sachverhaltsfragen beschränkte Gutachtensaufträge ebenso zu fordern wie eine kritischere Haltung gegenüber den Ergebnissen der gutachterlichen Tätigkeit, andererseits muss eine Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellungen der Entscheidungsbehörde sichergestellt werden.

Letzteres würde am sinnvollsten durch eine Betrauung der BWB mit der Erlassung der erstinstanzlichen Entscheidungen geschehen; dies unter nachprüfender Kontrolle einer Rechts- und Tatsacheninstanz, z.B. KG oder Bundesverwaltungsgericht.

Ob die im do Fragenkatalog angedachte Publikation von Best practices hilfreich wäre, ist schwer abzuschätzen, jedenfalls wäre die Frage der Bindung des Gerichtes und der SV an diese zu thematisieren.

Die BWB wird zu diesem Thema im Herbst 2013 einen Competition Talk veranstalten.

2.4. Auskunftsbescheid

Die durch das KaWeRÄG 2012 Befugnis der BWB, ihre Auskunftsverlangen nun selbst mit Bescheid anzuordnen, sowie die Weigerung, Auskünfte zu erteilen bzw. unrichtige, irreführende oder unvollständige Auskünfte als Verwaltungsübertretungen zu ahnden, ist zweifelsohne ein wichtiger Schritt. Vor allem die Möglichkeit, Auskunftsbescheide durch Zwangsgelder zu vollstrecken, ist begrüßenswert. Durch die hier erfolgte Angleichung an Artikel 24 der VO 1/2003 hat nun auch die BWB die Möglichkeit, für jeden Tag des Verzuges bei der Beantwortung ihrer Auskunftsverlangen Zwangsgelder bis zur Höhe von 5 % des durchschnittlichen Tagesumsatzes des betroffenen Unternehmens einzuheben. Damit steht der BWB zumindest bei Auskunftsverlangen per Bescheid ein wirksames Instrument zur Durchsetzung zur Verfügung, auch wenn die Deckelung der Verwaltungsstrafen nach § 11a Absatz 5 WettbG diese Feststellung deutlich relativiert. Jedenfalls bleibt auch in Zukunft die erfolgsversprechendste und zielführendste Ermittlungshandlung die Hausdurchsuchung. Allein schon die mangelnde Verifizierbarkeit der Vollständigkeit oder der Richtigkeit erteilter Auskünfte unterstreicht diese Feststellung.

2.5. Hausdurchsuchungen

Rechtsschutz

Vorauszuschicken ist bezüglich der Frage des Rechtsschutzes, dass auch nach dem Inkrafttreten der Novelle das KG den begründeten Anfangsverdacht und die Verhältnismäßigkeit der Anordnung einer Hausdurchsuchung gem. § 12 Abs 3 WettbG prüft. Ein kartellgerichtlicher Hausdurchsuchungsbefehl ist somit weiterhin Voraussetzung für ein Tätigwerden der BWB.⁶ Dies auch bei Gefahr in Verzug, im Gegensatz z.B. zu dem deutschen Bundeskartellamt. Einem betroffenen Unternehmen oder Privaten steht dieser zweigliedrige Rechtsschutz weiterhin offen. Gegen die Anordnung der Hausdurchsuchung selbst kann ein Unternehmen innerhalb einer vierwöchigen Frist ab Zustellung das ordentliche Rechtsmittel des Rekurses bei dem OGH als KOG einbringen. Das KOG prüft, ob die Voraussetzungen bei der Anordnung der Hausdurchsuchung gegeben waren. Sollte das Unternehmen hingegen der Ansicht sein,

6] Rosbaud, Zur Durchsuchung einer Anwaltskanzlei im Kartellverfahren, wbl 2010, 433 (441 mwN).

die BWB habe bei der Durchführung der Hausdurchsuchung exzessiv gehandelt, so kann sie eine Beschwerde bei dem UVS einbringen nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG.

Auskünfte während Hausdurchsuchung

Vor allem die neue Regelung von Auskunftsverlangen mit und ohne Bescheid im Rahmen von Hausdurchsuchungen, welche das KaWeRÄG 2012 in das bestehende WettbG einfügt, ist teilweise „[n]ur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben [...]“ zu verstehen. Nach dem neuen § 12 Absatz 4 WettbG kommen der BWB bei Hausdurchsuchungen die in § 11a Absatz 1 Ziffer 2 und 3 WettbG genannten Befugnisse zu. Das heißt, dass es der BWB neben der Durchsicht von Unterlagen und ihrer Vervielfältigung (Ziffer 2) nun auch zusteht, vor Ort für die Ermittlungshandlungen erforderliche Auskünfte zu verlangen sowie von allen Vertretern oder Beschäftigten des Unternehmens Erläuterungen zu Sachverhalten oder Unterlagen zu verlangen, die mit Gegenstand und Zweck der Ermittlungen in Zusammenhang stehen. Anstatt auf § 11a WettbG in seiner Gesamtheit zu verweisen, hat der Gesetzgeber den Weg des Einzelverweises auf ausgesuchte Bestimmungen des § 11a WettbG gewählt. Dadurch entstehen Unklarheiten über die Befugnisse der BWB im Rahmen von Hausdurchsuchungen nach § 12 WettbG. So ist es nicht unbedingt klar, ob die Bestimmungen der Absätze 2 bis 5 des § 11a WettbG bei Auskunftsverlangen nach § 11a Absatz 1 Ziffer 3 WettbG zur Anwendung kommen. Diese Bestimmungen regeln die Befugnis der BWB, Auskunftsverlangen mit oder ohne Bescheid durch Geldstrafen (bzw. bei Bescheiden auch mit Zwangsgeldern) durchzusetzen.

Dabei ist jedenfalls Folgendes zu beachten: Die Kompetenz zur Erlassung von Bescheiden richtet sich nach dem AVG. Bei einfachen Auskunftsverlangen muss aufgrund des Verweises in § 11 Absatz 2 WettbG wohl auch das AVG zur Anwendung kommen. Die Befugnis zur Verhängung von Zwangsgeldern richtet sich nach dem VVG und die Befugnis zur Verhängung von Geldstrafen bei fehlenden, unrichtigen, irreführenden oder unvollständigen Auskünften richtet sich nach dem VStG. Für eine Anwendung der Absätze 2 bis 5 des § 11a WettbG spricht u.a., dass diese untereinander auf einander verweisen. So verweist Absatz 2 auf Absatz 1 Ziffer 1 bis 3. Absatz 3 verweist ebenso auf Absatz 1 und Absatz 5 verweist wiederum auf Absatz 3 und Absatz 2. Es ist zu betonen, dass ein wesentlicher Punkt, in dem aus Sicht des effektiven Kartellvollzuges eine

Anpassung geboten ist, den hier behandelten Bereich des Befragungsrecht während der Hausdurchsuchung betrifft: Bei der Annahme der Anwendbarkeit oben genannter Bestimmungen ist es zwar möglich, im Rahmen einer Hausdurchsuchung vor Ort mit einfachem Auskunftsverlangen Auskünfte und Erläuterungen zu Sachverhalten oder Unterlagen zu erhalten sowie bei unrichtigen oder irreführenden Angaben diese als Verwaltungsübertretung mit Strafen bis zu 25.000 Euro zu ahnden. Adressat eines solchen bußgeldbewehrten Auskunftsverlangens können aber gemäß § 11a Absatz 2 i.V.m. Absatz 5 WettbG nur die Inhaber des Unternehmens, ihre Vertreter oder vertretungsbefugte Personen sein. Alle anderen Beschäftigten, d.h. insb. die regelmäßig in Kartellabsprachen involvierten Vertriebsmitarbeiter, denen nach § 11a Absatz 1 Ziffer 3 WettbG ebenso Fragen gestellt werden können, unterliegen der (ohnedies viel zu geringen) Strafandrohung des § 11 a Abs 5 WettbG nicht, weil Abs 5 lediglich auf Abs 2 verweist, im welchem lediglich auf „qualifizierte“ Personen Bezug genommen wird.

Sanktion nach europäischem Vorbild notwendig

Die Europäische Kommission dagegen kann im Rahmen der Hausdurchsuchung – unter Androhung der in Art 23 VO 1/2003 vorgesehenen Sanktionen – jeden Mitarbeiter des Unternehmens befragen und Sanktionen gegen das Unternehmen selbst verhängen, die mit 1 % des Konzernumsatzes – im Gegensatz zu einer Strafe von bis zu 25.000 Euro – eine wahrnehmbare Größe erreichen. Die so geschaffene komplizierte Gesetzeslage eignet sich somit nur bedingt für einen effektiven und praxistauglichen Vollzug des Wettbewerbsrechts. Nicht zuletzt, weil die mögliche Sanktionshöhe des § 11 a Abs 5 WettbG vor dem Hintergrund der in Kartellverfahren drohenden Millionenstrafen vernachlässigbar ist und nicht ausreichend abschreckend wirkt. Nicht viel besser verhält es sich mit den in § 12 Abs 4 letzter Satz WettbG enthaltenen Befugniserweiterungen. Diese klare Bestimmung sieht erstmals eine explizite Befugnis zur Versiegelung und Beschlagnahme vor. Die BWB kann allerdings im Falle eines Siegelbruches keine gesonderte Sanktion verhängen (bzw. auch nicht beim KG beantragen), sodass auch hier der VO 1/2003 nicht gefolgt wurde. Artikel 23 Absatz 1 lit e der VO 1/2003 enthält eine eigene Strafbestimmung im Falle eines Siegelbruchs, die sich unabhängig von der handelnden Person gegen das Unternehmen selbst richtet. Eine vergleichbare Regelung wurde vom Gesetzgeber aufgrund der Existenz eines strafrechtlichen Tatbestandes im StGB (§ 272 StGB) bewusst nicht in das KaWeRÄG 2012 aufgenommen. In praktischer Hinsicht ist

dazu anzumerken, dass die bloß strafrechtliche Haftung für Siegelbruch nur geringe Bedeutung haben kann, weil man in einem Unternehmen mit einer großen Zahl an Mitarbeitern im Rahmen der individuellen strafrechtlichen Haftbarkeit kaum nachweisen kann, wer das Siegel – in Abwesenheit der BWB (z.B. in der Nacht) – tatsächlich aufgebrochen hat. Auch die Voraussetzungen, die § 3 VbVG aufstellt, sind nur schwer zu beweisen, sodass auch über diesen Umweg die Regelungslücke im Vollzug des Wettbewerbsrechts nicht geschlossen werden kann. Daher wäre einer Norm nach europäischem Vorbild der Vorzug zu geben, die als Adressaten das durchsuchte Unternehmen vorsieht und dieses für Siegelbrüche verantwortlich macht. Ansonsten besteht weiterhin die Gefahr, dass mutmaßliche Kartellanten bei einer mehrtägigen Hausdurchsuchung zwischenzeitig Unterlagen verbringen.

Aus Sicht des österreichischen Kartellvollzuges wäre deshalb eine weitergehende Anpassung des WettbG und des KartG an die europäische Rechtslage und die Einführung einer dem Art 23 der VO 1/2003 nachgebildeten Bestimmung, nach der für bestimmte nicht kooperative Handlungen die Verhängung einer vom Nachweis eines Kartellverstoßes unabhängigen Geldbuße möglich ist, dringend angezeigt. Es sind Sanktionsmechanismen notwendig, die ausreichend abschreckend wirken, damit die neuen Befugnisse der BWB sinnvoll eingesetzt werden können. Eine solche Regelung könnte bspw. durch die Erweiterung der Tatbestände des § 29 KartG um einen Sanktionstatbestand nach dem Vorbild von Art 23 der VO 1/2003 erfolgen, wonach für näher zu bezeichnende Verletzungen der Kooperationspflicht vom KG – auf Antrag der BWB – eine Geldbuße von bis zu 1 % des Konzernumsatzes verhängt werden kann.

2.6. Kronzeugen

Seit 2006 verfügt die Bundeswettbewerbsbehörde über ein Kronzeugenprogramm. Dieses hat sich als effektives Instrument zur Aufdeckung verbotener Absprachen und Verhaltensweisen herausgestellt.

Das Inkrafttreten des Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetzes 2012 (KaWeRÄG 2012) hat neben einigen anderen Änderungen in den genannten Gesetzen auch eine solche der Bestimmungen über das Kronzeugenprogramm (§ 11 Abs 3 ff WettbG) gebracht. Insbesondere wurden – in Angleichung an internationale Standards – für den völligen Erlass der Geldbuße verschiedene Beweiserfordernisse vorgesehen.

In Vorbereitung des neuen Handbuches (§ 11 Abs 5 WettbG) hat die Bundeswettbewerbsbehörde einen Meinungs austausch mit Rechtsanwält-

tInnen, die über praktische Erfahrungen mit dem Kronzeugenprogramm verfügen, durchgeführt.

Das neue Leniency Handbuch wurde unter Berücksichtigung der seit 1. März 2013 geltenden Rechtslage, der soeben erwähnten Konsultationen, der Erfahrungen mit dem bis dato gültigen Handbuch sowie des im vergangenen Herbst einer Revision unterzogenen Modellkronzeugenprogramms des Netzwerkes der europäischen Wettbewerbsbehörden ausgearbeitet und ist seit März heurigen Jahres auf der Website der BWB abrufbar⁷.

Die in der Fragenliste aufgeworfenen Fragestellungen sind im neuen Programm ausführlich behandelt.

Einen aktuellen Änderungsbedarf im WettbG im Hinblick auf das Kronzeugenprogramm wird nicht gesehen, allenfalls könnte die legislative Klarstellung sinnvoll sein, dass die Gewährung eines Kronzeugenstatus nach WettbG eine solche nach § 11 Abs 3 Z 1 lit b ausschließt und vice versa.

Anpassungen im Hinblick auf die „Kohärenz mit anderen Strafrechtsbereichen“ wird von der Bundeswettbewerbsbehörde kategorisch ausgeschlossen. Während das Kronzeugenprogramm nach WettbG eine Erfolgsgeschichte ist, sind zumindest öffentlich keine Fälle bekannt, in denen nach den strafrechtlichen Bestimmungen Kronzeugenstatus gewährt worden wäre. Die BWB erlaubt sich daher anzuregen, die entsprechenden Bestimmungen des Strafrechtes nach Vorbild des Kartellrechts umzugestalten

2.7. Geldbußen / Settlements

Einvernehmliche Verfahrensbeendigung („settlements“)

Die Mehrzahl europäischer Wettbewerbsbehörden (so z.B. die Europäische Kommission und das deutsche Bundeskartellamt) hat in den vergangenen Jahren Vergleiche in Kartellbußverfahren abgeschlossen und/oder entsprechende Verfahren eingeführt. Dabei ist zu beobachten, dass diese Form der Verfahrensbeendigung – trotz beinahe universellen Bestehens von Kronzeugenprogrammen – zunehmend an Bedeutung und Akzeptanz gewinnt; dies nicht zuletzt, weil regelmäßig sowohl die Wettbewerbsbehörden als auch die von einer Kartelluntersuchung betroffenen Unternehmen Interesse an einer solchen Verfahrensbeendigung haben. Dies gilt auch zunehmend für den österreichischen Kartellrechtsvollzug.

Die Geldbußen des österreichischen Kartellrechts verfolgen präventive und repressive Zwecke. Nur eine angemessen hohe Geldbuße kann

7) <http://www.bwb.gv.at/SiteCollectionDocuments/Leniency%20Handbuch%20BWB%2003%2013.pdf>

abschreckende Wirkung erzielen. Das KOG hat diesbezüglich hervor-gehoben, dass die Festsetzung einer kartellrechtlichen Geldbuße durch das KG grundsätzlich eine Ermessensentscheidung ist, bei der neben den – nicht taxativ aufgezählten – gesetzlichen Bemessungsfaktoren die Umstände des Einzelfalls und der Kontext der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen sind.⁸ Die theoretisch optimale Höhe der Geldbuße für einen Wettbewerbsverstoß ist der Betrag des erlangten Gewinns zuzüglich eines Faktors, der garantiert, dass die Zuwiderhandlung nicht Folge eines rationalen Kalküls ist. Wie in der rechtsökonomischen Literatur herausgearbeitet wurde, richtet sich die Höhe dieses Faktors nach dem Aufdeckungsrisiko: je niedriger dieses Risiko ist, um so viel höher muss die Geldbuße im Verhältnis zum erwarteten Gewinn sein, um Unternehmen von der Begehung von Zuwiderhandlungen abzuhalten.⁹

Es stellt sich die Frage, in welchen Fällen diese optimale Strafe unterschritten werden und wie diese Abweichung begründet werden kann. Der wohl wichtigste und in der Praxis am häufigsten anzutreffende Fall, in dem die optimale Höhe der Geldbuße unterschritten wird, ist die Mitwirkung von Unternehmen bei der Aufklärung von Zuwiderhandlungen, üblicherweise im Rahmen (aber teils auch außerhalb) von Kronzeugenprogrammen. Im Fall der Kronzeugenregelung kann der erste Kronzeuge unter bestimmten Voraussetzungen sogar den völligen Erlass des Bußgeldes erlangen. Das Abgehen von der an sich optimalen Geldbußhöhe kann in solchen Fällen damit begründet werden, dass die Mitwirkung der Unternehmen erstens den Behörden erhebliche Suchkosten erspart. Nach internationalen Erfahrungen kann nur ein relativ geringer Teil der Kartelle durch ex-officio Untersuchungen der Wettbewerbsbehörden aufgedeckt werden, weil kartellrechtswidrige Absprachen geheim gehalten werden und Wissen darüber selten (und dann oft nur bruchstückhaft) an die Öffentlichkeit gelangt. Aufgrund der hohen Bußgeldandrohung werden bei Kartellabsprachen zudem oft schriftliche Unterlagen vermieden.

Es ist für die Kartellbehörden daher regelmäßig schwer, eine Tat überhaupt zu entdecken, bzw. genügend vor Gericht verwertbare Beweismittel zu sichern, um eine verbotene Kartellabsprache nachweisen zu können. Um Kartelle wirksam zu bekämpfen, ist es deshalb häufig notwendig, die Absprachen von innen heraus aufzudecken und hierzu einen Kartellteilnehmer

8] OGH als KOG 25.3.2009, 16 Ok 4/09.

9] Vgl etwa Wils, Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice, 29, World Competition 2006, 183; Motta, On Cartel Deterrence and Fines in the European Union, ECLR 2008, 209 (212), Combe, Quelles sanctions contre les cartels? : une perspective économique, Revue internationale de droit économique, 2006, 11. S. auch OECD, Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes (2002), 85.

zur Zusammenarbeit mit der Kartellbehörde (durch Einbringung von förmlichen Kronzeugenanträgen, aber auch außerhalb solcher etwa durch den Vortrag von die Behörde unterstützende Erklärungen bei Gericht) zu bewegen. Neben diesem direkten Beitrag zur Aufdeckung und Verfolgung von Rechtsverstößen leisten Kronzeugenprogramme zweitens auch insofern einen Beitrag zur Beachtung der Kartellrechtsvorschriften, als sie Kartelle von innen unterminieren. Dies liegt daran, dass die Aussicht auf Straffreiheit die Anreize für Kartellanten erhöht, aus dem Kartell auszuschneiden. Kronzeugenregelungen erhöhen daher die Cheating-Anreize und führen so dazu, dass die Aufrechterhaltung von Kartellen erschwert wird.¹⁰

Anders als etwa das Amnesty Program des US-Justizministeriums¹¹ belohnen die dem EU-Modell folgenden Kronzeugenprogramme, wie jenes in Österreich, nur die Zusammenarbeit bei der Aufklärung des Sachverhalts. Das Kronzeugenprogramm entlastet die Behörde daher lediglich bei ihrer Ermittlungstätigkeit, während der mit der Verhängung einer Geldbuße zusammenhängende Verfahrensaufwand nicht unbedingt reduziert wird (so kann der Kronzeuge den von der Behörde festgestellten Sachverhalt und die darauf basierende rechtliche Beurteilung im Verfahren vor dem KG bestreiten). Gerade in Österreich, wo die BWB Geldbußen nicht selbst verhängen, sondern nur beim KG beantragen kann, ist damit ein erheblicher Aufwand für die Behörde, aber auch für das KG verbunden.

Um diesen Aufwand zu reduzieren und dadurch frei werdende Ressourcen in die verstärkte Verfolgung von Kartellrechtsverstößen investieren zu können, hat die Europäische Kommission im Jahr 2008 das sog Settlement-Verfahren eingeführt.¹² Kernstück dieses Verfahrens ist es, dass Unternehmen ihre Teilnahme an einem Kartell und die Haftbarkeit eingestehen, und im Gegenzug eine – im Vergleich zur Kronzeugenregelung deutlich niedrigere – Reduktion der Geldbuße i.H.v. 10% erhalten. Die Kommission hat Settlement-Entscheidungen bislang in 5 Kartellverfahren erlassen.

Wie dargestellt besteht die wohl signifikanteste positive Auswirkung von Vergleichen darin, dass sie eine effizientere Nutzung der personellen Ressourcen einer Behörde ermöglichen. Dies ist gerade in Österreich von Bedeutung. Wiederholt ist in den letzten Jahren beklagt worden, dass die österreichische Wettbewerbsbehörde – im internationalen Vergleich – eine

10] Vgl etwa *Öhlberger*, Ein verlockendes Angebot?, *ÖBl* 2006, 100 (101); *Wib*, Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice, 30 *World Competition* 2006, 25;

11] S. dazu näher OECD, *Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases* (2008), 149ff.

12] Kommissionsverordnung 622/2008/EG zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen. Mitteilung über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Art 7 und Art 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen (2008/C 167/01).

besonders dünne Personaldecke hat. So hält der Bericht der Sozialpartner folgende Personalsituation fest: *„In der Bundeswettbewerbsbehörde sind 33 Planstellen (unter Einschluss aller Beamten und Vertragsbediensteten) vorgesehen. International zählt Österreich neben Slowenien und Zypern zu den Schlusslichtern bei der Personalausstattung. Im Vergleich dazu verfügt das deutsche Bundeskartellamt über 300 Personen, die niederländische Wettbewerbsbehörde über 437, das Schweizer Wettbewerbssekretariat verfügt über ca. 58 Vollzeitstellen, wovon ca. 39 Vollzeitstellen von wissenschaftlichen Mitarbeitern besetzt werden (Stand Ende 2007), bei einer weitaus geringeren Fallzahl. In der ungarischen Wettbewerbsbehörde wurden 2007 114 Mitarbeiter beschäftigt bei einem Gesamtbudget von 9,1 Mio. Euro.“*¹³

Der durch einvernehmliche Verfahrensbeendigungen reduzierte Verfahrensaufwand ist für eine personell deutlich unterbesetzte Behörde wie die BWB, der derzeit weniger als 20 Vollzeitkräfte als Case Handler zur Verfügung stehen, von besonderer Bedeutung. Wenn man berücksichtigt, dass ein beträchtlicher Teil der Ressourcen der Behörde benötigt wird, um das sogenannte „Tagesgeschäft“ abzuwickeln und die Fusionskontrolle zu betreuen, ergibt sich, dass ein nur sehr geringer Teil der Case Handler für den Kartellrechtsvollzug zur Verfügung steht, wovon wiederum nur ein Teil für *ex-officio* Untersuchungen von Kartellen verfügbar ist, weil auch Missbrauchsfälle und Kronzeugenfälle zu betreuen sind. Durch ihre beschränkten personellen Ressourcen ist die BWB nur in der Lage, eine eingeschränkte Zahl an derartigen Fällen effektiv zu verfolgen, da der mit Kartellfällen verbundene Verfahrensaufwand auch nach dem Abschluss der eigentlichen Ermittlungsarbeit noch groß ist: Die Verfahren vor dem KG richten sich oft gegen eine erhebliche Zahl an Unternehmen, was einen umfangreichen Schriftsatzwechsel bedingt. Ferner beachtet das KG in Geldbußenverfahren trotz grundsätzlicher Geltung des AußStrG den Grundsatz der Unmittelbarkeit¹⁴, was ein aufwendiges gerichtliches Beweiserhebungsverfahren bedingt. Diese Faktoren führen dazu, dass die gerichtlichen Verfahren in Kartellfällen oft mehrere Jahre dauern und bei der Behörde erhebliche Ressourcen binden.

In Anbetracht dieser praktischen Erwägungen sollte gerade in Österreich der verstärkten Aufdeckung von schweren Kartellrechtsverstößen der Vorzug vor etwas höheren Geldbußen im vollen Verfahren zukommen. Dies würde auch den Wertungen des österreichischen Kartellrechts durchaus entsprechen. So sieht § 30 KartG ausdrücklich vor, dass bei der Bemessung

13] Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich, Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich, Nr. 84, 2010, 33f.

14] Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, 98.

der Kartellbuße im Fall der Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot auch auf die Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung Bedacht zu nehmen ist. Diese Regelung erlaubt der Behörde bei ihrem Antrag und in weiterer Folge dem KG bei seiner Bußgeldentscheidung, die Kooperation einer Partei außerhalb des Anwendungsbereichs der Kronzeugenregelung der BWB zu berücksichtigen. Eine solche Kooperation kann einerseits darin liegen, dass ein Unternehmen (außerhalb der Kronzeugenregelung) Beweismittel vorlegt, die den Nachweis eines Kartellverstößes gegen die anderen an der Absprache beteiligten Unternehmen erleichtern. Doch auch das Einräumen eines dem Unternehmen zur Last gelegten Verstößes erleichtert die gerichtliche Aufklärung und ist, da sie den Verfahrensaufwand von Gericht und Behörde unzweifelhaft reduziert, bei der Bemessung der Geldbuße bußgeldmindernd zu berücksichtigen.

Die einvernehmliche Verfahrensbeendigung kann auch ergänzend zum Kronzeugenprogramm (ein „normaler“ Kronzeuge kann vor dem KG die Sachverhaltsfeststellung und Rechtsbeurteilung der Behörde bekämpfen) zur Anwendung kommen. Dies betrifft Fälle, in denen der Kronzeuge lediglich eine Reduktion erhalten kann, weil bspw. bereits ein anderes Unternehmen zuvor einen Kronzeugenantrag gestellt hat. In einer solchen Situation ist auch ein ergänzender Nachlass für die Einräumung des Rechtsverstoßes durch das Unternehmen sowohl für die Behörde als auch für das Unternehmen von Interesse, weil Kronzeugen – wie oben bereits angemerkt – durchaus erheblichen Verfahrensaufwand erzeugen können, wenn sie die Feststellungen der Behörde im Verfahren bekämpfen. In diesem Sinne würde es Sinn machen, dass Settlements eine Anerkennung des von der Behörde vorgeworfenen Sachverhalts und der rechtlichen Beurteilung der Behörde voraussetzen. Diesem Gedanken folgend setzt die Europäische Kommission in ihren Vergleichsverfahren voraus, dass auch die Rechtsbeurteilung der Kommission anerkannt wird. Die Kommission ist der Ansicht, dass das „bloße“ Eingeständnis des zur Last gelegten Sachverhalts nicht ausreichend ist, weil dadurch nicht sichergestellt ist, dass der Effizienzgewinn durch ein rascheres Verfahren tatsächlich erreicht werden kann. Dies u.a. auch, weil sich bei solchen Lösungen in der älteren Praxis der Kommission gezeigt hatte, dass die betroffenen Unternehmen über den Umweg der Rechtsrüge auch die Sachverhaltsgrundlage bekämpfen. Obwohl somit einem Anerkenntnis, das die Anerkennung der rechtlichen Beurteilung durch die BWB umfasst, der Vorzug zu geben ist, kann aber in bestimmten Situationen auch die „bloße“ Anerkennung des zur Last gelegten Sachverhalts als ausreichend angesehen werden.

Für von Hausdurchsuchungen betroffene Unternehmen wiederum bedeutet dies, dass durch die vollzogene Hausdurchsuchung „der Zug

nicht abgefahren ist“, sondern auch danach noch ein Nachlass im von der BWB beantragten Bußgeld denkbar ist, wenn sich ein Unternehmen entschließt, mit der Behörde an der weiteren Aufklärung zu arbeiten oder die Verfahrensführung von dieser durch Außerstreitstellungen zu erleichtern. Weiters ist auch nicht zu vernachlässigen, dass die Bereitschaft der Behörde zur einvernehmlichen Verfahrensbeendigung (bei entsprechender Zusammenarbeit und Abgabe von Außerstreitstellungen) auch die Unsicherheit der übrigen Beteiligten einer Absprache erhöht, weil diese damit rechnen müssen, dass ein betroffenes Unternehmen von dieser Möglichkeit Gebrauch macht und der Behörde Informationen (u.a. Dokumente) zur Verfügung stellt und Aussagen macht, die auch nachteilig für die Verteidigungsstrategie der anderen am Kartell beteiligten Unternehmen wirken. Für die Unternehmen wiederum ist es von Vorteil, dass ein zeit- und kostenintensives Kartellverfahren vermieden und rasch Rechtssicherheit geschaffen werden konnte. Während die Bundeswettbewerbsbehörde einerseits vollstes Verständnis für die von verbotenen Absprachen Geschädigten hat – deren Rechte durch die jüngst ergangene Entscheidung im Fall Donauchemie im Übrigen in einer Weise gestärkt wurde, die für die Betroffenen kaum Wünsche offen lassen dürfte – ist doch andererseits der **prozedurale Rahmen** des Zustandekommens der Settlements im Auge zu behalten: Der praktische Ablauf stellt sich ja i.d.R. so dar, dass sich das betroffene Unternehmen dem Bußgeldantrag der BWB nicht entgegenstellt. Das KG kann in der Folge aufgrund der unstrittigen Sachlage (und Rechtslage) bereits in der ersten Verhandlung seine Entscheidung erlassen u verkünden, d.h. es wird ein Verstoß festgestellt und das von der BWB beantragte Bußgeld durch das KG verhängt (§ 39 Abs 4 AußStrG mit Maßgabe von § 36 Abs 2 KartG und § 30 KartG).

Die Sicherstellung der gebotenen Transparenz von Geldbußenentscheidungen des KG – um nichts anderes handelt es sich ja bei den Settlements – obliegt nach der neuen Rechtslage der Behörde, die die Entscheidung erlassen hat – dies ist in Österreich das Kartellgericht. Dieses ist nach der neuen Rechtslage verpflichtet seine Entscheidungen zu veröffentlichen, insoweit ist hier Transparenz gegeben.

Geldbußen fließen in das allgemeine Bundesbudget

Geldbußen werden derzeit dem allgemeinen Bundesbudget zugeführt. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass durch Kartelle Verbraucher geschädigt werden und dass es im Einzelfall oft schwierig bis unmöglich ist, den konkreten Schaden festzustellen und dem Geschädigten zuzuführen, ist es wesentlich, zu prüfen, die verhängten Geldbußen denjenigen

zuzuführen, die an der Aufklärung des Sachverhaltes mitgewirkt haben und die Verbraucherinteressen vertreten.

3. Marktmachtmißbrauch

3.1. Beweislastumkehr

3.2. Vermutungstatbestände

Das Instrument der Beweislastumkehr wird immer wieder als probates Mittel zur Stärkung der Mißbrauchsaufsicht gesehen – eine Wahrnehmung, die leider jeder empirischen Grundlage entbehrt.

Die in den letzten Jahren vom KG als Marktmachtmißbräuche geahndeten Verhaltensweisen wurden mit wenigen Ausnahmen von einem Unternehmen gesetzt, an dessen marktbeherrschender Stellung (in der Folge: mb St) auf den betroffenen Märkten bei rationaler Betrachtung auch ohne Beweislastumkehr keine Zweifel bestehen konnten, der Telekom Austria.

In der Praxis entfalten die Vermutungstatbestände wenig Wirkung im Verfahren. Wird von der BWB (oder einem dritten Antragsteller) der Missbrauch einer mb St behauptet, beauftragt das Gericht einen Gutachter, der dann de iure nur ein Gutachten abgibt, de facto aber über das Vorliegen der mb St entscheidet, da ihm das KG nicht nur in der Regel, sondern immer – auch bei Vorliegen schwerer inhaltlicher oder methodischer Mängel – folgt. Die gesetzlichen Vermutungen spielen dabei eine untergeordnete Rolle.

Der Bundeswettbewerbsbehörde ist jedenfalls kein Fall bekannt, wo es in einem Verfahren vor dem KG oder KOG zu einer non liquet Situation gekommen wäre, bei der die Beweislastumkehr ihre Wirkung hätte entfalten können.

Angesichts der Tatsache, dass Marktbeherrschungsvermutungen also schon derzeit ohne erkennbare Wirkung bleiben, sieht die Behörde in der Schaffung neuer Tatbestände mit Beweislastumkehr wenig bis keinen Nutzen.

Im Lichte des soeben Ausgeführten besteht auch aus Sicht der BWB auch kein Anpassungsbedarf in Bezug auf den Vermutungstatbestand für die Einzel-Marktbeherrschung.

4. Fusionskontrolle:

4.1. Neuer Fusionskontrolltest:

In der derzeit in Geltung stehenden EG-Fusionskontrollverordnung vorausgegangenen Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 wurde der Grundsatz aufgestellt, dass Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch welche ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben in erheblichem Ausmaß behindert wird, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären sind (vgl. dazu Erwägungsgrund 24 ff der VO 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004).

Im Rahmen der damaligen Diskussionen zur Neugestaltung der EG-FKVO wurde von der Gemeinschaft beharrlich behauptet, das Kriterium der Marktbeherrschung lasse eine Regelungslücke („Gap“), weswegen bestimmte wettbewerbsschädliche Zusammenschlüsse nicht untersagt werden könnten. Da sich in den Beratungen aber weder die Anhänger des Marktbeherrschungstests und denen des im angloamerikanischen SLC (Substantial Lessening of Competition) Tests durchsetzen konnten, suchte und fand man einen Kompromiss schließlich im sog. SIEC Test. Dieses – völlig neue – Kriterium war mithin nicht das Ergebnis besserer Einsicht, sondern die einzige Lösung, auf die sich die beiden Seiten ohne Gesichtverlust einigen konnten.

Aus Sicht der Bundeswettbewerbsbehörde besteht demgemäß wenig Anlass, sich dieses Kriterium zu eigen zu machen, da nach Auffassung der Behörde wenig Erfahrung zum Nutzen desselben besteht – das Kriterium erstreckt sich ja „ausschließlich auf diejenigen wettbewerbsschädigenden Auswirkungen eines Zusammenschlusses [...], die sich aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen ergeben, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben würden“ (Rz 25 aaO).

4.2. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Klarstellende Regelungen zum Verhältnis mehrerer Vorgänge, die in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang stehen, erscheinen durchaus zweckmäßig und sollten vertiefend diskutiert werden.

5. Wettbewerbsmonitoring:

Nach Auffassung der Bundeswettbewerbsbehörde sind die gesetzlichen Grundlagen ausreichend für ein sinnvolles Wettbewerbsmonitoring. Die zu erfassenden Branchen sind noch zu klären.

6. Regulierungsbehörden:

One stop shop wünschenswert

Die Bundeswettbewerbsbehörde sollte im Sinne eines one-stop-shop die alleinige Wettbewerbsaufsicht über regulierte Sektoren haben. Die Zersplitterung von Aufgaben der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht auf mehrere Behörden ist im Sinne eines konsistenten Staatshandelns schon aus grundsätzlichen Erwägungen nachdrücklich abzulehnen. Vielmehr sind alle diese Aufgaben bei der BWB zu konzentrieren und diese gleichzeitig mit den dafür nötigen personellen und finanziellen Ressourcen auszustatten. Viele EU-Mitgliedsstaaten, u.a. zuletzt Großbritannien und die Niederlande, haben aus Effizienzgründen eine Zusammenlegung verschiedener Behörden in eine Wettbewerbsaufsicht durchgeführt.

Informationsaustausch

Im Bereich des Informationsaustausches ist zweifellos Raum für Verbesserungen. Während § 10 WettbG ausreichende Grundlagen für die Informationsübermittlung an die Regulatoren bietet, fehlen spiegelbildliche Bestimmungen in den das Handeln der Regulierungsbehörden regelnden Gesetzen vielfach, sodass ein Informationsfluss in beiden Richtungen nicht im wünschenswerten Ausmaß gewährleistet erscheint.

ORF Gesetz

Zum ORF-G ist zu bemerken, dass für das Verfahren laut Regierungsvorlage die Entscheidungsfrist gem. § 73 AVG von 6 Monaten gilt. Bisher gab es insgesamt vier Verfahren, von denen in lediglich zweien ein Amtssachverständiger bestellt wurde. Die genannte Frist konnte bisher soweit ersichtlich durchaus eingehalten werden. In Österreich ist daher mit Sicherheit die Verfahrensdauer kein Problem.

Im Gegensatz wäre es eher wünschenswert, wenn einer gründlichen Sachverhaltsermittlung mehr Raum gegeben würde, um das sachliche Substrat der Entscheidung anzureichern. Bisher wurden vom Amtssachverständigen

gen keine Marktbefragungen durchgeführt. Die Prognose wirtschaftlicher Auswirkungen ist ohne genaue Kenntnis vom Markt nicht möglich.

Ausweitung des Geltungsbereiches des Wettbewerbsrechts

Es ist weiters zu konstatieren, dass es in der österreichischen Rechtsordnung nach wie vor Bereiche gibt, die von der Anwendung des Wettbewerbs- und Kartellrechtes ausgenommen sind. Es ist hier dringend erforderlich, einen Lückenschluss vorzunehmen und Ausnahmebestimmungen zu beseitigen

7. Ausblick und Erwartungen:

Wie oben näher ausgeführt gibt es Handlungsbedarf für eine weitgehende Stärkung der Bundeswettbewerbsbehörde. Dies betrifft insbesondere:

- Wesentliche Aufstockung des Personals
- Wesentliche Aufstockung der budgetären Ressourcen
- Einrichtung der BWB als Entscheidungsbehörde erster Instanz
- Etablierung einer zweiten Tatsacheninstanz
- Die Notwendigkeit die Verjährungsregel des § 33 KartG insofern anzupassen als die Verjährung durch eine Verfolgungshandlung der BWB unterbrochen wird, insbesondere durch eine Hausdurchsuchung.
- Die Notwendigkeit der Einführung einer dem Art 23 der VO 1/2003 nachgebildeten Bestimmung, nach der für bestimmte nicht kooperative Handlungen die Verhängung einer vom Nachweis eines Kartellverstößes unabhängigen Geldbuße möglich ist, dringend angezeigt.
- Die Notwendigkeit der Klarstellung der Auskunftsrechte nach § 12 Abs 4 iVm § 11a WettbG

A12. Protokoll zur Besprechung am 8. Mai 2013 mit BMJ und BMWFJ

Teilnehmer:

Kathrein, Auinger, Dokalik (BMJ); Losch, Ummenberger-Zierler (BMWFJ); Graf (LKÖ); Gahleitner, Ginner (BAK); Taurer, Pöcherstorfer (WKÖ); Mautner Markhof (IV)

Kathrein begrüßt die Teilnehmer und bedankt sich bei den Sozialpartnern für die Ausarbeitung der Fragenliste, die zeige, dass man sich nicht auf den Lorbeeren der letzten Novelle ausruhe, sondern laufend versuche, das Wettbewerbs- und Kartellrecht zu verbessern. In diesem Sinne sehe er diese Runde auch als Expertengespräche auf Fachebene.

Losch schließt sich Dank an und lobt die gute und loyale Zusammenarbeit der beiden Ressorts bei dem KaWeRÄG 2012. Die Initiative der Sozialpartner erfolge zu einem guten Zeitpunkt, da sie allenfalls in Empfehlungen münden könnten, die eine künftige Regierung in ihrem Programm berücksichtigen könne.

Ginner führt aus, dass die Auswirkungen des KaWeRÄG 2012 zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht sinnvoll evaluiert werden könnten, wiewohl sich jetzt schon abzeichne, dass die Novellierung etwa der Hausdurchsuchung sowohl für die Wettbewerbsbehörde wichtig gewesen sei als auch Erleichterungen für die Gerichtsbarkeit gebracht habe. Seit der letzten Beiratsstudie im Jahr 2009 hätten sich aber weitere neue Themen und Entwicklungen gezeigt, die nun mit dieser Fragenliste aufgearbeitet werden sollten.

Taurer berichtet, dass der Fragebogen im Februar versendet worden sei und der Rücklauf ca. 50% betragen habe. Man habe die Technik eines Fragebogens gewählt, und überlege noch, in welcher Form die Stellungnahmen der einzelnen Institutionen verarbeitet werden sollen. Jedenfalls sei sicherzustellen, dass sich jede Institution in der Beantwortung wiederfände. Interviews würden bis Juni geführt werden, wo ein Gespräch mit der BWB anstehe. Es habe bereits eine Diskussion mit der Europäischen Kommission gegeben, überdies sei eine Reise nach England geplant. Ein Empfehlungskatalog solle für den Herbst erarbeitet werden. Teilweise würden noch nicht umgesetzte Empfehlungen aus der ersten Studie aufrechterhalten werden, wie z.B. die Forderung nach Schaffung einer zweiten Tatsacheninstanz.

Zu 1: Allgemeine Fragen:

Kathrein führt aus, dass das Wettbewerbs- und Kartellrecht seiner Einschätzung nach in den Köpfen der Entscheidungsträger angekommen sei. Die Unternehmen seien dabei, ihre Compliance-Anstrengungen zu verstärken, und befassten sich zunehmend mit rechtlichen Aspekten. Das sei auf der einen Seite ein Geschäft für Anwälte und Berater, auf der anderen Seite aber auch ein Kennzeichen dafür, dass das Gesetz in der Praxis beachtet werde. Jede Berichterstattung in den Medien sei in diesem Sinne eine hilfreiche Werbung dafür, sich an die entsprechenden Gesetze zu halten.

Losch schließt sich dieser Einschätzung an. Auch bei der Aufarbeitung von Korruptionsfällen lasse sich generell beobachten, dass die Unternehmen zunehmend Wert auf loyales und faires Verhalten legten. Ein wichtiger Schritt in diese Richtung sei auch die Abschaffung der Bagatell-Kartelle gewesen, die klar gemacht habe, dass auch bei „kleinen“ Verletzungen Auswirkungen für lokale Abnehmer zu befürchten seien und diese nicht geduldet würden. Auch bei der kollektiven Marktbeherrschung habe die Novelle die ökonomische Realität, die heutzutage eher durch oligopolistische Marktbeherrschung gekennzeichnet sei, nachvollzogen.

Eine „offene Baustelle“ sei nach wie vor die Möglichkeit, durch eine verstärkte Entscheidungsbefugnis der BWB eine zweite Tatsacheninstanz zu schaffen. Gegen Entscheidungen der Bundeswettbewerbsbehörde in erster Instanz könnte als zweite Tatsacheninstanz das Kartellgericht fungieren, dies sei mittlerweile durch Artikel 94 Abs. 2 B-VG verfassungsrechtlich möglich. Eine andere Variante wäre eine Überführung in die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Als flankierende Maßnahme müsse dann über Struktur, Organisation und Personal bei der BWB nachgedacht werden. Den Bedenken dagegen, dass das Ermittlungsorgan gleichzeitig Entscheidungsorgan sei, könnte etwa durch eine Anlehnung an das französische Modell entsprochen werden, bei dem innerhalb einer Behörde verschiedene Abteilungen tätig werden würden. Anders sei dies wieder beim deutschen Modell, wo Ermittlung und Entscheidungskompetenz tatsächlich in einer Hand vereint seien.

Kathrein führt aus, dass das BMJ mit strukturellen und systematischen Änderungen eher vorsichtig sei. Die letzten Novellen hätten eine Stärkung der BWB gebracht. Es müsse aber eine Diskussion darüber geführt werden, ob ein Schritt in die Richtung des deutschen oder französischen Modells denkbar sei. Aufgrund des Zusammenhangs des Kartellrechts mit dem

Zivilrecht wäre aus seiner Sicht eine Vollziehung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit der Vollziehung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit vorzuziehen. Art. 94 Abs. 2 B-VG sei zwar aus anderen Gründen geschaffen worden, das hindere aber nicht eine Diskussion darüber, ob dieses System auch für den Vollzug des Kartellrechts nutzbar gemacht werden könne.

Losch hebt das Gemeinsame in den beiden Standpunkten hervor und meint, es gehe ihm nicht darum, die Kartellgerichtsbarkeit „auszuhebeln“, weshalb er im Sinne des mit dem BMJ erzielbaren Konsenses den Rechtszug von einer starken Kartellbehörde an das Kartellgericht in der ordentlichen Gerichtsbarkeit bevorzuge.

Kathrein mahnt ein, dass die rechtstaatlichen Grundsätze zu wahren seien, dafür würden die unabhängigen Gerichte am ehesten Gewähr bieten. Bei einer Verstärkung der Entscheidungsbefugnis der Wettbewerbsbehörde müsse auch deren Unabhängigkeit und die Unabhängigkeit des Generaldirektors diskutiert werden. Die Europäische Kommission sei als Wettbewerbsbehörde nicht immer das rechtstaatliche Vorbild, weil diese als Strafbehörde, Ermittlungsbehörde und Behörde mit Legislativkompetenz auftrete.

Taurer führt aus, dass man die Systeme nicht gut aus der „Vogelperspektive“ vergleichen könne, sondern die Problematik oft im Detail stecke. So sei z. B. die starke Ausprägung der sukzessiven Kompetenz im deutschen Kartellvollzug, in dem das Bundeskartellamt im Rechtskontrollverfahren nicht einmal Parteienstellung habe, in dieser Form wohl nicht erstrebenswert. Eine Systemänderung müsse jedenfalls zu einer signifikanten Verbesserung führen.

Ginner verweist auf das Vorbild der Schweiz, wo man gerade dabei sei, die Kompetenzen der Ermittlung und der Entscheidung wieder zu trennen. Der Schweizer Entwurf sehe auch vor, dass ein Settlement durch eine weitere Instanz genehmigt werde. GINNER zeigte sich eher skeptisch gegenüber einer Machtkonzentration im Zusammenspiel mit zu großen Ermessensspielräumen in der Verfolgungsbehörde.

Kathrein meint, dass es auch immer auf die Rolle des Behördenleiters ankomme. Im Sinne einer politischen Verantwortlichkeit könnte man in diesem Zusammenhang auch über das Konzept einer Ministererlaubnis diskutieren.

Pöcherstorfer meint, dass bei der sektor-spezifischen Regulierung etwa im Telekom- und Energiebereich zunächst Regulierung geschaffen worden sei, um ein wettbewerbliches Umfeld zu schaffen. Diese sektor-spezifische Regulierung habe sich aber ausgeweitet auf den Nutzerschutzgedanken und habe damit eine gewisse Eigendynamik entwickelt. Dies habe letztlich dazu geführt, dass die Arbeitsplätze in der Branche verloren gingen und auch die Investitionsbereitschaft sinke. So gesehen wäre es wichtig, dass die volkswirtschaftliche Gesamtschau im Auge behalten werde.

Losch mahnt zur Vorsicht bei der undifferenzierten Berücksichtigung „übergeordneter wirtschaftlicher Interessen“. In der verwaltungslastigen Fusionskontrolle bei der es sich um ein Antragsverfahren und eine ex ante-Betrachtung handle, wären Kriterien in Bezug auf wirtschaftliche Interessen denkbar. Bei Kartellen hingegen könne er sich nicht vorstellen, dass hier eine wirtschaftspolitische Abwägung zu einer Erlaubnis von solchen Absprachen führen könnte. Bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung stehe eher das Thema der Beweisbarkeit im Vordergrund. Die Rechtstaatlichkeit des kartellbehördlichen Verfahrens sollte durch eine umfassende Pflicht zur Entscheidungsbegründung gewährleistet werden, wobei Firmen- und Geschäftsgeheimnisse berücksichtigt werden müssen, die jedoch nicht undifferenziert einer Mindestsachverhaltsbeschreibung entgegengestellt werden dürften.

Hier hakt **Gahleitner** ein und meint, dass bei Geschäftsgeheimnissen ein Unterschied zwischen Fusionskontrolle und Kartellverfahren zu beachten sei. Im Kartellverfahren werde durch die Geheimhaltung der Schädiger oft mehr geschützt als der Geschädigte. **Kathrein** erinnert an das derzeitige anhängige Vorabentscheidungsverfahren zu dieser Thematik und warnt vor einer Ausuferung der Schadenersatzansprüche. **Ginner** führt aus, dass gerade bei einer direkten Schädigung von Konsumenten ohne dazwischen tretende Vertriebsstufen, also bei so genannten „Streuschäden“, die Unternehmen im Bereich des Schadenersatzes nichts zu befürchten hätten.

Kathrein meint, dass die Kartellverfolgung eine öffentlich-rechtliche Aufgabe sei und die Abschöpfung des unrechtmäßig erzielten Gewinnes mit anderen Mitteln versucht werden müsse. Für Streuschäden im niedrigen Euro- oder gar Cent-Bereich gäbe es auch bei einer Sammelklage wenig zu holen.

Ummenberger führt die USA als mahndes Beispiel an, wo die private Rechtsdurchsetzung nach Einschätzung einiger Experten mittlerweile „außer Kontrolle“ geraten sei und die dortigen Behörden neidvoll auf die europäische öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung blickten.

Kathrein meint zum Nutzerschutzgedanken in sektor-spezifischen Regelungen, dass auch er die Aufsplitterung des Verbraucherschutzes in verschiedenen Materiegesetzen mit Sorge beobachte. Dieses sei wohl nur darauf zurückzuführen, dass für verschiedene Sektoren unterschiedliche Generaldirektionen in der Kommission zuständig seien. Für Österreich biete es sich jedenfalls an, die zersplitterten Rechtsquellen in ein, von den Sozialpartnern getragenes einheitliches Verbrauchergesetzbuch zusammenzufassen. Auch **Losch** sieht die Sektorregulierung in manchen Bereichen problematisch, der Grund sei aber auch in einem Zurückgehen des Kollegialitätsprinzips in der Kommission zu sehen. Er orte in Österreich zu wenig Respekt vor der horizontalen Rechtsdurchsetzung durch die BWB. Die von ihm eingemahnte Begründung der behördlichen Entscheidung als Qualitätskriterium habe er als Kontrolle der Rechtsstaatlichkeit gesehen und weniger als Ausgangsbasis für Schadenersatzansprüche.

Taurer meint, dass die sektor-spezifischen Regulierungen durchaus auf einen anderen Verbraucherbegriff abstellten, da wettbewerbsrechtlich auch der gewerbliche Verbraucher darunter zu sehen sei.

Losch äußert sich prinzipiell kritisch zum Verbraucherschutzgedanken im Sinn einer „consumer welfare“, die dann als Rechtfertigung für Marktmissbrauch genützt werden könne. Das habe sich oft als Danaer-Geschenk erwiesen, wie man an Google sehen könne. Er befürwortet daher auch klare Marktanteilsschwellen und weniger den SIEC-Test.

Taurer meinte, dass das Pendel vom so genannten juristischen „Zwangsjackeneffekt“ mit dem „more economic approach“ jetzt wieder zu stark in die andere Richtung ausgeschlagen sei, insbesondere da die Ökonomie nicht immer eine exakte Wissenschaft sei. Die Beurteilung werde zu oft an den Sachverständigen ausgelagert.

Zu 2. Allgemeine Verfahrensfragen

2.1. Verfahren vor der BWB

Ummenberger meint, dass die neue Rechtslage für die derzeitigen Behördenkompetenzen wohl ausreichend sei. Sollten der BWB neue Entscheidungskompetenzen übertragen werden, müsste jedoch eine intensivere Debatte stattfinden.

Ginner meint, dass die Intransparenz im Gesamtsystem begründet sei. Die Information nach § 10b Wettbewerbsgesetz funktioniere nicht, laut Auskunft der Kommission stelle die BWB auch keine Entscheidungen ins Netz, die Kommission erfahre aus den Medien von anhängigen Kartellverfahren. Erst eine Kritik der Arbeiterkammer habe zu einer Aktualisierung der Bußgeldtabelle geführt. Es gebe keine Informationen zur Antragstellung.

Losch zeigte sich verwundert, dass er von einem solchen Problem erst jetzt erfahre, und fragt, warum das nicht im Parlament oder in der Wettbewerbskommission thematisiert worden sei.

Gahleitner meint, die BWB berufe sich darauf, dass Bußgeldanträge nicht veröffentlicht zu werden brauchten. Auf Nachfrage sagt **Ginner**, dass auch die Zusammenarbeit nach Art. 11 der Verordnung 1/2003 nicht funktioniere.

Taurer führt an, dass dann, wenn ein Verfahren mit Settlement verglichen werde, der Öffentlichkeit nicht klar sei, gegen welche Prinzipien das Unternehmen verstoßen habe. Er wünsche sich zumindest die Veröffentlichung von „Standpunkten“ der Behörde, analog der „Leitlinien“ der Kommission.

Losch sieht diese Anregung von Leitlinien im Rahmen einer „Paketlösung“ mit einer weitreichenderen Entscheidungsbefugnis der BWB, die selbstverständlich mit einer entsprechenden Transparenz und Begründungspflicht einhergehen würde. Eine entsprechende Aufbereitung und Diskussion der Rechtslage könnte auch durch die Wettbewerbskommission erfolgen.

Taurer führt als Beispiel an, dass mit REWE Leitlinien verhandelt worden seien. Die könnten abstrakt bekannt gegeben werden. Wenn bei einem Settlement sogar auf Beschlussausfertigung verzichtet werde, werde auch die neue Veröffentlichung nach § 37 Kartellgesetz nichts bringen.

Ginner pflichtet bei, dass die Beendigung der Verfahren durch Settlements seit Sommer 2012 stark zugenommen habe.

Kathrein meint, die Behörde könnte auch Gründe dafür haben, ihre Auslegung nicht offen zu legen, da diese dann auch leichter umgangen werden könnte. Er erinnert auch an die aktuelle Debatte über die Informationsfreiheit und das legitime Interesse einer Ermittlungsbehörde, die Karten nicht auf den Tisch zu legen.

Ginner führt an, dass ab Beendigung des Verfahrens im Nachhinein darüber berichtet werden könnte.

Losch signalisiert Gesprächsbereitschaft und ruft die Sozialpartner auf, konsensuale Lösungen zu erarbeiten.

2.2. Sachverständige:

Kathrein meint, dass die Problematik der Sachverständigen in der öffentlichen Diskussion angekommen sei. Es würden immer wieder Standards eingefordert, diese Diskussion sei nicht neu. Die Frage sei, was mit Standards und Richtlinien zu gewinnen sei, zumal die Wirtschaftswissenschaften ein sich schnell entwickelndes Gebiet seien.

Ginner meint, dass die Sachverständigen von den Unternehmen ebenso lebten wie von Behörden und Gerichten, die sie beauftragten. Dadurch entstünden gewisse Abhängigkeitsverhältnisse.

Auinger ortet das Problem darin, dass die Anforderung an Sachverständige in Kartellsachen sei, kurzfristig arbeitsintensive Erhebungsschritte zu tätigen, wofür vielen österreichischen Sachverständigen schlichtweg die Infrastruktur fehle.

Losch führt ins Treffen, dass auch für eine solche Problematik die Einrichtung der BWB als erste Tatsacheninstanz sinnvoll sei.

Ginner entgegnete, dass sich dann die Problematik nur auf das Rechtmäßigkeitskontrollverfahren verschieben würde.

Kathrein meint, dass mit der Sachverständigenliste in der Justiz prinzipiell gute Erfahrungen gemacht wurden. Probleme habe es in letzter Zeit nur in großen Wirtschaftsstrafsachen gegeben, wo der Weg gegangen wurde, verstärkt Experten bei der Staatsanwaltschaft beizuziehen.

Dokalik führt aus, dass habe auch mit der Methodendebatte bei den Wirtschaftswissenschaften zu tun. Dass Sachverständige die Gerichtsentscheidungen zu einem großen Ausmaß beeinflussten, sei in anderen Bereichen, wo Sachverständigen-Gutachten überprüfbar seien, überhaupt kein Problem, etwa im Bereich der Medizin oder des Ingenieurwesens. Für Probleme Sorge es dort, wo die Methoden nicht immer geklärt seien, was sich auch im Bereich der psychologischen Sachverständigen-Gutachten für die Eignung der Eltern bei Besuchsrechtskonflikten gezeigt habe.

Kathrein meint, dass in diesem Bereich durch die Etablierung der staatlichen Familiengerichtshilfe hoffentlich Fortschritte erzielt worden seien. Es könne darüber nachgedacht werden, auch in Kartellsachen die Entscheidungsorgane durch fachkundige Expertisen zu unterstützen.

A13. Protokoll zur Besprechung am 2. Juli 2013 mit BMJ und BMWFJ

Teilnehmer:

Losch, Ummenberger-Zierler, Anweiler (BMWFJ); Kathrein, Auinger, Dokalik (BMJ); Graf (LKÖ); Gahleitner, Ginner (BAK); Taurer, Pöcherstorfer (WKÖ); Mautner Markhof, Krenn, Vaugoin (IV)

Losch begrüßt die Teilnehmer und weist darauf hin, dass die Fortführung des Dialogs wichtig sei. Basis des Gesprächs sind die seitens der Sozialpartner schriftlich übermittelten Fragen – wobei zwischen BMJ und BMWFJ vereinbart wurde, nicht einzeln schriftlich, sondern gemeinsam mündlich die Fragen zu beantworten. Daraus könnte ein Spektrum konsensfähiger Ideen entwickelt werden, das im nächsten Regierungsprogramm seinen Niederschlag finden könnte.

Kathrein führt aus, dass das Thema Wettbewerb auf EU-Ebene stark an Dynamik gewinne. Jüngste EuGH Urteile sowie der Vorschlag für eine Richtlinie betreffend Schadenersatz stellen interessante Entwicklungen dar, die zu evaluieren seien und auf die gesetzlich zu reagieren sei. Grundsätzlich sei eine effektive behördliche Kontrolle von Schadenersatzansprüchen einem „private enforcement“ überlegen.

Losch weist darauf hin, dass betreffend Schadenersatz eine eigene Diskussionsrunde im September erforderlich sei.

Ummenberger-Zierler und **Auinger** berichten, dass die erste Ratsarbeitsgruppe zur RL über Schadenersatzklagen am 10. Juli 2013 stattfinden werde.

Losch hebt als wichtiges Ziel die Schaffung von zwei Tatsacheninstanzen hervor. Die BWB solle Entscheidungsbefugnis erhalten, das Kartellgericht solle als zweite Instanz eine wesentliche Rolle spielen. Transparente Entscheidungen seien wichtig, dies habe nichts mit der Akteneinsicht zu tun, sondern es gehe um die Darstellung, wie eine Entscheidung getroffen werde. Dies betreffe auch Settlement-Verfahren, auch hier sei Transparenz wichtig. Zur Veröffentlichung von Bußgeldanträgen sei die BWB jedoch aufgrund der Bestimmungen im WettbewerbsG nicht verpflichtet.

Ummenberger-Zierler berichtet über die Kontaktaufnahme mit der BWB, welche darauf hingewiesen hat, dass es um die Einleitung eines Verfahrens beim Kartellgericht gehe, solange das Verfahren noch nicht abgeschlossen sei, solle keine Vorverurteilung erfolgen.

Ginner erklärt, dass ein kurzes Urteil oft keine Rückschlüsse auf die Grundlage für die Entscheidung zulasse. Ermittlungen, zB Hausdurchsuchungen, lassen sich ohnehin nicht verheimlichen.

Gahleitner meint, dass die BWB, wenn ihre Ermittlungen so weit fortgeschritten sind, dass sie einen Antrag an das Kartellgericht stelle, dies auch nach außen kommunizieren solle.

Losch hält fest, dass die Transparenz der Entscheidungsprozesse wichtig sei und es auch schon Fortschritte gebe. Die Frage der zwei Tatsacheninstanzen sei letztlich politisch zu entscheiden.

Zu 2. Allgemeine Verfahrensfragen:

2.2. Sachverständige

Ergänzend zu den Ausführungen in der Sitzung am 8. Mai 2013 stellt **Losch** fest, dass die derzeitige als problematisch angesehene Situation betreffend die Rolle von Sachverständigen durch den Ausbau der BWB zu einer Entscheidungsbehörde in erster Instanz gelöst werden könnte.

Ummenberger-Zierler weist darauf hin, dass die BWB, ebenso wie das Bundeskartellamt Ökonomen einstellen könne und nicht auf kostenintensive externe Sachverständige zugreifen müsse.

Ginner spricht sich gegen das Heranziehen des deutschen Modells in allen Fällen aus. Das Bundeskartellamt habe im Verfahren vor dem OLG nicht einmal Parteistellung. Die sukzessive Zuständigkeit müsse laut **Ummenberger-Zierler** jedoch nicht übernommen werden.

Kathrein weist auf die grundsätzlichen Schwierigkeiten mit großen Wirtschaftsstrafsachen hin. Die wirtschaftliche Gebarung großer Unternehmen lasse sich nicht binnen weniger Wochen aufklären. Staatsanwälten werden beispielsweise Experten der FMA zur Seite gestellt. Die erspare nicht Sachverständigengutachten, es könnten jedoch konkrete Fragen gestellt werden und dadurch werde die Qualität der Gutachten verbessert. Es sei auch darauf zu schauen, dass Kartellrichter die wirtschaftliche Expertise hätten; dies sei ein Spezialthema.

Losch führt aus, dass Sachverständige weiter gebraucht werden. Man müsse sich das Thema genau anschauen, wo es Defizite gebe und wie das Zusammenspiel mit der BWB funktioniere. Gemeinsame Standards für Sachverständige bei Gericht und die sachverständigenähnliche Arbeit bei der BWB seien sinnvoll. Die Wettbewerbskommission könnte dieses Thema intensiver diskutieren und eine Vorgehensweise vorschlagen. Dies solle kein Schnellschuss werden, sondern im Laufe des nächsten Jahres erarbeitet werden.

Gahleitner weist darauf hin, dass es unterschiedliche Auffassungen gebe, Sachverständige sollen sich oft eben nicht nur Kernfragen anschauen, sondern das ganze Unternehmen.

Dokalik weist auf die Standards des OGH in Obsorgefragen hin. Es habe dazu ein Symposium, eine Arbeitsgruppe ua. mit Richtern und Psychologen und eine Abschlussveranstaltung gegeben. Das Ergebnis sei ein Best Practises Leitfaden.

Kathrein bemerkt, dass man Sachverständigen auch keine zu engen Grenzen setzen dürfe.

Ummenberger-Zierler weist darauf hin, dass der Zukauf von Gutachten für den Bund zu teuer sein könne.

Losch fasst zusammen, dass es den Bedarf gebe über die Problematik mit Sachverständigengutachten nachzudenken. In die Überlegungen sollten auch Richter, die BWB und die Wettbewerbskommission eingebunden werden. Es sollte sich um freiwillige Leitlinien handeln. Die Wettbewerbskommission möge diskutieren, inwieweit sie sich des Themas annehmen möchte. Im Herbst könne man dann dazu ein Symposium veranstalten.

2.3. Verfahren bei Hausdurchsuchungen:

Taurer weist auf das starke Widerspruchsrecht der Unternehmen vor der Novelle 2012 hin, hier habe es mit der aktuellen Reform Verbesserungen gegeben. Das Pendel könnte nun in die andere Richtung ausschlagen, es gebe aber noch zu wenig Erfahrung.

Auinger weist darauf hin, dass Beschwerden gegen Hausdurchsuchungen als Maßnahme unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ab 1.1.2014 nicht vor dem Kartellgericht, sondern vor dem Bundesverwaltungsgericht behandelt werden.

Kathrein führt zur Frage des Siegelbruchs aus, dass der Staatsanwalt einem Siegelbruch nachgehen müsse. Es bestünde kein Bedarf hier ergänzende Bestimmungen zu normieren.

Ummenberger-Zierler weist darauf hin, dass die Verjährungsunterbrechung noch nicht umgesetzt sei. Diesbezüglich haben sich alle Anwesenden positiv geäußert.

2.4. Rechtskontrolle für den Kronzeugenstatus:

Taurer wirft die Frage der Rechtskontrolle auf. Das Kartellgericht sei an Bußgeldanträge der BWB gebunden.

Gahleitner weist darauf hin, dass das Kartellgericht an die Anträge gebunden sein muss, ansonsten würde es keine Kronzeugen geben.

Auinger bemerkt, dass man durch eine Begründungspflicht der BWB das Problem entschärfen könnte. Kronzeugen müssen bis zum Ende der Verhandlung mit der Behörde kooperieren.

Losch stellt fest, dass hier kein unmittelbarer Handlungsbedarf bestehe.

2.5. Geldbußenverfahren:

Ummenberger-Zierler verweist auf die Verbesserungen, die es durch die Novelle 2012 gegeben habe.

Losch stellt fest, dass das Kartellgericht die Höhe einer Geldbuße akzeptieren muss, wenn es ein Settlement Verfahren akzeptiert. Bei Kronzeugen sei die Bindung des Kartellgerichtes logisch und sinnvoll, bei einem Settlement-Verfahren sei die Lage anders. Diese Verfahren seien hinsichtlich Transparenz heikel. Die Motivation, einem Settlement zuzustimmen, beruhe zwar auch auf einem erwarteten Entgegenkommen bei der Geldbuße, fraglich sei aber, was ein Settlement rechtspolitisch wert sei, wenn nicht einmal der relevante Sachverhalt bekannt ist.

Auinger stellt fest, dass es rein rechtlich ein „Settlement“ im österreichischen Kartellrecht nicht gibt und das Kartellgericht daher auch kein „Settlement“ „genehmigen“ könne. In den so bezeichneten Verfahren hatte das Kartellgericht über zwischen BWB und belangten Unternehmen akkordierte Geldbußenanträge nach den Regeln des Außerstreitgesetzes mit Beschluss zu entscheiden.

Taurer weist darauf hin, dass Settlement Verfahren in Österreich im Gegensatz zum EK-Verfahren und zu anderen Ländern in Europa viel offener und weniger eingegrenzt seien. Die Transparenz sei tatsächlich unzufrieden stellend, bei REWE hätte klar sein müssen, welcher Verstoß überhaupt vorliege.

Losch bemerkt, dass intransparente Settlements langfristig den Kartellrechtsvollzug in Österreich in Verruf bringen könnte. Im Bereich des Settlements sei ein nachgebessertes Verfahren in Anlehnung an europäische Standards unter gewisser Kontrolle des Gerichts anzudenken.

Dokalik regt an, mit einer Begründungspflicht das Problem zu lösen.

Auinger weist darauf hin, dass seitens der BWB ein Interesse bestehe, Ressourcen zu sparen.

Taurer findet dieses Interesse verständlich, hinterfragt aber den Wert von solchen Settlements für die Wettbewerbspolitik. Unternehmen könnten sich freikaufen.

Losch stellt fest, dass die Rechtsstaatlichkeit sehr wichtig sei. Eine gewisse Kontrolle, ob ein Missverhältnis zwischen Vergehen und Geldbuße bestehe, sei erforderlich. Sollte dies dazu führen, dass dann die Anreize für ein Settlement zurückgehen, so sei dies rechtspolitisch nicht unbedingt negativ zu beurteilen.

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung:

3.1. Beweislastumkehr:

Losch leitet ein, dass der ursprünglich in der Novelle 2012 vorgesehene § 5a KartG im Parlament gefallen sei. Das Ergebnis sei zur Kenntnis zu nehmen. Es handle sich um einen Spezialfall, man wolle sich an der deutschen Regelung orientieren, die nunmehr verlängert wurde. Es sei möglicherweise nicht ideal gewesen, die Regelung zuerst im Nahversorgungsgesetz und dann ins Kartellgesetz zu schreiben, weil dies zu Irritationen geführt hat.

Vaugoin weist darauf hin, dass es sich bei dieser Regelung um ein No-Go für die Industrie handle. Eine Beweislastumkehr entspricht nicht den rechtsstaatlichen Grundsätzen. **Losch** bemerkt, dass eine scharfe Begrenzung der Beweislastumkehr auf Strom und Gas sinnvoll war.

Kathrein stellt fest, dass Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen in Verfahren Mitwirkungspflichten haben.

Losch bemerkt, dass die erhöhte Mitwirkungspflicht ohnehin nur marktbeherrschende Unternehmen im Strom- und Gassektor treffen würde, kleine E-Werke wären ohnehin nicht betroffen. Der Begriff „Beweislastumkehr“ sei auch im derzeitigen Kartellgesetz bei Marktmissbrauch verankert.

Kathrein stellt fest, dass es sich um eine politisch schwierige Frage handle. Vielleicht habe der Markt ohnehin eine Antwort auf die Missstände gefunden, wie etwa aktuell sinkende Gaspreise zeigen.

Losch stellt fest, dass diese Angelegenheit ohne politischen Auftrag derzeit nicht weiterverfolgt werde.

3.2 Vermutungstatbestände:

Taurer weist darauf hin, dass der Schwellenwert in Deutschland auf 40 % hinaufgesetzt wurde.

Gahleitner bemerkt, dass die Erhöhung in Österreich ein falsches Signal senden würde. Die jetzige Regelung sei ohnehin unproblematisch.

Auch **Losch** und Kathrein sehen hier keinen unmittelbaren Handlungsbedarf. Es gebe Themen von größerer Priorität.

4. Fusionskontrolle:

Losch weist auf die Arbeiten auf EU-Ebene hin, die abzuwarten sind.

5. Wettbewerbsmonitoring:

Losch stellt fest, dass es sich hierbei um eine Aufgabe der BWB handle, die diese als unabhängige und weisungsfreie Behörde nachzukommen habe.

Gahleitner wirft die Frage auf, wie mit öffentlich verfügbaren Daten umzugehen sei.

Pöchersdorfer regt die Schaffung eines offenen Instrumentariums an. Der Dialog müsse fortgesetzt werden, der Diskussionsprozess mit der WBK laufe gut.

Losch stellt abschließend fest, dass nun die BWB am Zug sei.

6. Regulierungsbehörden:

Losch bemerkt, dass eine horizontale, schlagkräftige Wettbewerbskontrolle wichtig sei, die Rolle der BWB dürfe nicht unterminiert werden.

Kathrein bemerkt, dass eine einheitliche übergreifende Wettbewerbsaufsicht anzustreben sei. Zu viele Sektorregelungen seien gesamtwirtschaftlich problematisch.

7. Ausblick und Erwartungen:

Kathrein weist auf die große Dynamik des Wettbewerbsrechts auf europäischer Ebene hin. Das Wettbewerbsrecht sei in den Köpfen der Unternehmer angekommen.

Taurer weist darauf hin, dass ein Empfehlungskatalog für die nächste Regierung erstellt werde.

Losch hält zusammenfassend fest, dass die wichtigsten Themen Transparenz, Rechtsstaatlichkeit und die Schaffung von zwei Tatsacheninstanzen seien. Es gehe eher um verfahrensrechtliche Themen als um materiellrechtliche. Abschließend spricht v allen Teilnehmern Dank für die gute Zusammenarbeit aus.

A14. Protokoll der Arbeitsgruppensitzung vom 17.4.2013

**Richterin des Obersten Gerichtshofes,
Dr. Elfriede Solé**

Zur Sachverständigenproblematik:

Es geht um die Qualität der Person des Sachverständigen. Dazu müsste die Sachverständigenliste verbessert werden, vor allen Dingen müsste es objektive Auswahlverfahren für eine Aufnahme in die Sachverständigenliste geben. Es dürfen allerdings keine Vorschriften bezüglich eines bestimmten Sachverständigen gemacht werden; es wäre eine spezielle Begründung erforderlich, wenn im Einzelfall andere Sachverständige, die nicht auf der Liste stehen, herangezogen werden. Derzeit werden überwiegend Sachverständige vom Kartellgericht herangezogen, die nicht auf der Sachverständigenliste genannt sind. Würde man Privatgutachten im Verfahren mehr Gewicht geben, würde dies die Kosten explodieren lassen.

Zum Thema Amtssachverständigen:

Die Telekomkontrollkommission bedient sich solcher Amtssachverständigen nach dem TKG. Dies mag für den Regulierungsbereich ein gangbarer Weg sein, aber eher nicht für die allgemeine Wettbewerbsaufsicht.

Allgemeine Mindeststandards zur Methodik und Inhalt von Sachverständigengutachten könnten ausgearbeitet werden. Es ist jedoch fraglich, ob dies für jede Branche machbar ist. Eigentlich kann ein Richter die Gutachtensfragen erst nach der Durchführung aller Zeugeneinvernahmen zielgerichtet stellen; nach erfolgtem Gutachten müssten alle Zeugen neuerlich vernommen werden. In Zeiten des Paritätischen Ausschusses wurde anstelle ausgefeilter wirtschaftswissenschaftlicher Methoden der „gesunde Menschenverstand“ verwendet, wobei das Ergebnis der Gutachten nicht wesentlich vom momentanen Zustand abweicht.

Zur Frage der Überprüfung der Tatsachen in der Rechtsmittelinstanz

wird ausgeführt, dass sich das bei Fusionen generell schwierig gestaltet. Darüber hinaus wird festgehalten, dass auch im Bereich des normalen zivilrechtlichen Vollzuges in der zweiten Instanz vor dem Oberlandesgericht maximal 5% der Beweisrügen erfolgreich sind. Um das Settlement-Verfahren näher zu regeln, müssten sowohl Erfordernisse für die Handlungsweisen der Bundeswettbewerbsbehörde im Wettbewerbsgesetz und Erfordernisse für die Entscheidungen des Kartellgerichtes im

Kartellgesetz geregelt werden. In Betracht käme hier z.B. der Ausschluss des Verzichts auf die Beschlussausfertigung sowie die Anforderung, dass verkürzte Beschlussausfertigungen zu begründen sind.

Man merkt auch heute noch, dass das Kartellrecht immer noch ein Fremdkörper innerhalb der Justizverwaltung ist.

Angesprochen auf den Kronzeugenstatus

wird ausgeführt, dass dies eine Ermessensangelegenheit der Bundeswettbewerbsbehörde sei. Von dort werden allerdings die Kriterien für die Kronzeugen zur Erkennung nicht mitgeteilt. Daher ist eine Überprüfung nicht möglich. Grundsätzlich wäre allerdings eine Objektivierung in der Überprüfbarkeit des Kronzeugenstatus begrüßenswert. Dies könnte durch eine Veröffentlichung und Begründung der Kronzeugenzuerkennung im Nachhinein erfolgen.

Zum Geldbußenverfahren:

Wie bereits in der Vorstudie ausgeführt, könnte die schwache Ausgestaltung des Geldbußenverfahrens nach wie vor verfassungsrechtlich problematisch sein. Im Vergleich dazu widmet sich beim gerichtlichen Strafverfahren, wo die höchste Geldstrafe bei € 380.000,-- liegt, ein ganzes Gesetz (StPO) dem Verfahrensrecht.

Zum Verhältnis allgemeiner Wettbewerbsaufsichts-Regulatoren

wird ausgeführt, dass dies von den handelnden Personen abhängt; jedenfalls auf der Arbeitsebene funktioniert die Zusammenarbeit gut. Die RTR hat mehr Ressourcen, Daten und Wissen als die Bundeswettbewerbsbehörde. Das Zusammenwirken aller Beteiligten in Wettbewerbsfragen gestaltet sich als ineffektiv, da häufig „stille Post“ zwischen der TKK, der RTR, der BWB und in bestimmten Fällen auch der Kommission in Brüssel stattfindet. Als Beispiel werden dafür die Vorgänge um den Zusammenschluss 3/Orange angeführt. Die Auflagen im 3/Orange-Zusammenschluss gehen im Wesentlichen auf die Ausführungen der RTR zurück. Darüber hinaus wird festgehalten, dass es sinnvoll sein könnte, Regulatoren die Möglichkeit einzuräumen, Geldbußenanträge für ihre Sektoren zu stellen. Weiters könnte es sich als sinnvoll erweisen, dass öffentlichen Institutionen generell keine Kosten für die Antragstellung auferlegt werden. Die bestehenden Möglichkeiten nach dem TKG zur Abschöpfung der Bereicherung wurden innerhalb der TKK zwar schon öfters diskutiert, aber bisher hat man sich nicht zur Erstellung eines solchen Antrags durchgerungen; ein

Problem dabei liegt sicherlich auch in der Personenidentität zwischen TKK und KOG. Die Entscheidungen der TKK werden nahezu zu 100% vom VwGH aufgehoben, was auch negativ für die Unternehmen ist, da sich keine Rechtssicherheit einstellt. Problematisch erscheint auch die Nebenberuflichkeit der Mitglieder der TKK.

Zur Postregulierung

wird ausgeführt, dass es sich dabei um keine echte Wettbewerbsregulierung handelt sondern eher um eine Verwaltung der Universaldienstregulierung.

A15. Protokoll der Arbeitsgruppensitzung vom 25.4.2013

Dr. Michael Böheim (WIFO)

Seit der letzten Beiratsstudie sind einige Empfehlungen umgesetzt worden; insbesondere ist eine Stärkung der (Ermittlungs-)Befugnisse der BWB zu konstatieren und in einigen wenigen Bereichen eine Verschärfung des Wettbewerbs. Allerdings hat sich die „wettbewerbliche Großwetterlage“ bei alledem nicht wirklich verändert. Wettbewerb ist insgesamt eher nur verbal ein größeres Thema geworden.

Die Einführung eines Wettbewerbsmonitorings (als neuen Aufgabenbereich der BWB) ist grundsätzlich zu begrüßen, obwohl vor der Einführung keinerlei Konzept vorgelegt wurde. Erheblich eingeschränkt wird das Wettbewerbsmonitoring allerdings durch den neuen § 11a Abs. 9 Wettbewerbsgesetz, wonach es ausschließlich auf der Grundlage öffentlich verfügbarer Daten durchgeführt werden muss. Wesentlich wäre es jedenfalls auch, Informationen aus Fusionskontrollfällen für das Wettbewerbsmonitoring heranzuziehen.¹

Hinsichtlich der Wirkungen des KaWeRÄG fällt weiters insbesondere die Stärkung der Befugnisse der BWB i.Z.m. Hausdurchsuchungen auf, welche allerdings wohl etwas zu offensiv von der Behörde vermarktet werden.

Beim Thema Bußgelder kann die zuweilen auftretende Diskrepanz zwischen Bußgeldantrag der BWB und tatsächlich vom KartG verhängter Strafe mitunter beachtliche Ausmaße annehmen.

Generell sei bei Settlements der BWB mit Unternehmen zu bemängeln, dass bei diesen bislang viele Umstände der Verhandlungen nach außen hin nicht transparent gemacht wurden. Dies sollte dahingehend geändert werden, dass bspw. von der Behörde kurze Begründungen oder Erwägungen, weshalb es zum Settlement gekommen ist, publiziert werden. Inhaltlich wäre ein Abschöpfen der Kartellgewinne zusätzlich zur Verhängung einer Strafe jedenfalls anzudenken, wobei der Schaden der vorenthaltenen Konsumentenrente entspricht. Darüber hinaus sollte erwogen werden, den Gedanken der Spezialprävention in besonders schwerwiegenden Kartellrechtsfällen wiederzubeleben, denn es zahlt sich wirtschaftlich gesprochen offenbar immer noch, Kartelle zu bilden, selbst bei einer Betrachtung nach Abschluss des Kartellverfahrens. Dies mag auch daran liegen, dass aktuell Kartellrechtsverstöße nicht zu Freiheitsstrafen für Kartellanten führen,

1] Vgl. Böheim, Wettbewerbsmonitoring im Spannungsfeld zwischen ökonomischen Gestaltungsmöglichkeiten und wettbewerbspolitischen Erwartungen, WIFO-Monatsberichte 3/2013, 225-236.

sondern mit Geldbußen, die von den Unternehmen bezahlt werden, „erledigt“ werden.

Für die Arbeit der Behörde entscheidend sei unter anderem eine weitere Ausweitung von Auskunftsverlangen. Des Weiteren sollten jedenfalls Änderungen der Behördenstruktur überlegt werden; ein wesentliches Problem besteht derzeit darin, dass es in der BWB keine echten Karriere-möglichkeiten gibt und auch die Struktur unterhalb des Generaldirektors zu wenig ausdifferenziert sei (Fehlen einer mittleren Führungsebene).

Wünschenswert wäre es, wenn der Bericht der Behörde (vor allem im zuständigen Ausschuss des Parlaments) einer umfassenderen inhaltlichen Diskussion unterzogen würde als dies aktuell regelmäßig der Fall sei. Überhaupt hat der Vermarktungsgedanke beim Behördenhandeln in letztere Zeit, so hat man den Eindruck, oftmals die Oberhand gegenüber inhaltlichen Gesichtspunkten gewonnen. Und zuweilen erscheint die Vermarktung – wie z.B. beim Thema Hausdurchsuchungen oder auch bei Settlements – bereits etwas überzogen.

Im Settlement Prozess kompensiert die BWB gewissermaßen die Tatsache, dass sie keine Entscheidungsbehörde ist. Man kann wohl davon ausgehen, dass jede Geldbuße, die ein Unternehmen bereits ist zu zahlen, zu niedrig angesetzt ist. Solange jedenfalls nicht mehr Details über die Gründe, die zum Settlement geführt haben, öffentlich gemacht werden, steht vor diesem Hintergrund regelmäßig die Frage im Raum, ob nicht die Durchführung des Kartellverfahrens nicht letztlich zu besseren Ergebnissen geführt hätte.

Über den Weg der Compliance wird das Kartellrecht jedenfalls zusehends auch für kleinere und mittelständische Unternehmen immer wichtiger, bei denen die Unwissenheit diesbezüglich wohl größer ist als bei großen Unternehmen.

Das Thema Sachverständige² hat vor allem in den letzten Jahren an Schärfe dazugewonnen, wobei freilich nicht übersehen werden darf, dass es in der Ökonomie – anders als etwa in den Naturwissenschaften, die ihrer Natur nach eben exakt sind – eine Vielzahl möglicher Beurteilungsansätze wirtschaftlicher Sachverhalte gebe, die – jeder für sich betrachtet – nicht falsch sind, jedoch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können. Die meisten Gutachten sind jedenfalls für Fusionen erforderlich, wo das Problem des Zeitdrucks erschwerend hinzukommt. Problematisch sind die mitunter ausufernden Sachverständigenkosten infolge ausufernder Gutachten. Eine

2) Siehe hierzu im Einzelnen *Böheim – Reidlinger*, Der kartellgerichtliche Sachverständige im Spannungsfeld zwischen Erwartungen und Möglichkeiten, wirtschaftsrechtliche Blätter: wbl (im Erscheinen).

Straffung wäre hier dringend zu fordern. Dabei ist auch das Gericht in der Pflicht, das seinerseits die Gutachtenserstellung mit Leitfragen möglichst vorstrukturieren soll. Eine Idee wäre hier eine Limitierung durch eine „Triple 3 Regel“³⁾: Beschränkung auf die drei wesentlichsten wettbewerbsökonomischen Kernfragen, zu Kosten von insgesamt 30.000 Euro und eine Erarbeitungszeit von maximal drei Monaten. Hinzukommen sollte ein eigener objektivierter Auswahlprozess für Sachverständige, der der SV-Listenerstellung vorausgehen sollte. Die Auswahl des jeweiligen SV sollte im Zufallsverfahren erfolgen, um Identbestellungen möglichst hintanzuhalten. Die Erstellung von Sublisten sei wünschenswert, die von Black Lists uU sinnvoll. Darüber hinaus sei es vorstellbar, Gutachten gestaffelt in Auftrag zu geben. Ein guter Sachverständiger wird jedenfalls imstande sein, Szenarien in seinem Gutachten aufzuzeigen und eine ergebnisoffene Darstellungsform zu wählen und dadurch dem Richter die Würdigung des Sachverhaltes nach einer abschließenden Gutachtenerörterung zu überlassen. Eine grundsätzliche Verständigung über die empirische Basis sollte jedenfalls erfolgen. Die Frage, ob Amtssachverständige eine mögliche Alternative darstellen muss für allgemeine Wettbewerbsfragen aktuell eher verneint werden.

Beim Thema Fusionskontrolle ist die die Frage, welcher Test – SIEC oder Marktbeherrschungsvermutung – angemessener ist im Grunde stets im Einzelfall zu beurteilen. Der von der EK angewendete SIEC Text ist für oligopolistische Märkte wichtig. Insgesamt erscheint der SIEC Test zeitgemäßer zu sein; „keine mbh Stellung zu begründen oder zu verstärken“ ist zu wenig bzw. geht zuweilen am Thema vorbei. In den USA wird überhaupt der SLC Text angewendet (substantive lessening of competition).

Eine alternative Spielart bestünde darin, die nationale (!) Fusionskontrolle überhaupt abzuschaffen und die in deren Verantwortungsbereich fallenden „kleineren“ Fälle am Kriterium der Marktbeherrschung mit Beweislastumkehr bei Missbrauchsaufsicht anzuknüpfen.

Zu beachten ist auch, dass in AT die Marktbeherrschungsvermutung bei + 30% ansetzt, auf EU Ebene hingegen schon bei + 20%.

Eine reine Marktanteilsbetrachtung wird jedenfalls nicht hinreichend sein. Möglicherweise am ehesten zielführend wäre die Übernahme des SLC Tests /die Überprüfung der Wettbewerbsbeschränkung; aber auch der EU Ansatz ist im Wesentlichen in Ordnung.

3) Das „Triple-3 Kriterium“ ist als flexibler Richtwert gedacht: bei komplexeren Fällen kann die Anzahl der Fragen erweitert werden (müssen), was entsprechende Anpassungen hinsichtlich Ressourcen und Zeitbedarf notwendig macht

A16. Protokoll der Arbeitsgruppensitzung vom 15.5.2013

Dr. Klaus Wejwoda, Vorsitzender der Wettbewerbskommission

Seit der letzten Beiratsstudie sind einige Themen verstärkt auf die Agenda gekommen. Dabei erscheinen besonders erwähnenswert die Bereiche Energie, der seitens des Regulators zuletzt verstärktes Augenmerk gewidmet wird, das Auftreten von Preismeldestellen neuen Typs wie Platts, Libor, Eurotax und Immobilien-Börsen, die – teilweise wie anonyme Pressedienste organisiert – einer verstärkten wettbewerbsrechtlichen Bewertung bedürfen, sowie die Aktivitäten der öffentlichen Hand als Unternehmerin, die sich insbesondere in der Gebührengestaltung von Kommunen widerspiegelt. Daneben ist das Thema Lebensmitteleinzelhandel weiterhin präsent.

Hinsichtlich verfahrensrechtlicher Fragen ist auf der Grundlage von § 37 KartG wohl auch faktisch mit einer Verbesserung der Publizität der Entscheidungen des Kartellgerichts zu rechnen, der als solcher eine hohe Bedeutung zukommt. Freilich besteht ein weiteres Problem darin, dass bestimmte Verfahren vor dem Kartellgericht mitunter sehr lange dauern. Welche Rolle den neuen Verwaltungsgerichten im Kontext des Vollzugs von Wettbewerbsrecht zukommt, wird sich erst allmählich zeigen, wobei der entsprechende Handlungsspielraum auch von der Politik mitbestimmt werden ist. Im Bereich des Vollzuges hat sich der mittlerweile aufgelöste Paritätische Ausschuss jedenfalls durch den beachtlichen im Kreise seiner Mitglieder vorhandenen ökonomischen Sachverstand durchaus bewährt; wettbewerbsrechtliche Problemstellungen konnten auf den Punkt gebracht dargestellt werden. Man ist zwar vereinzelt an Grenzen gestoßen, grosso modo waren die Aufgaben aber in aller Regel lösbar.

Rahmenbedingungen für die Mitwirkung wie damals wären jedenfalls auch für die Tätigkeiten der Wettbewerbskommission wünschenswert, hinsichtlich derer allerdings der Spargedanke im Vordergrund zu stehen scheint.

Beim Thema Settlement geht es für die beteiligten Akteure im Wesentlichen darum, in guter Zeit eine Einigung betreffend ein wahrgenommenes Wettbewerbsproblem zu erzielen und das Thema abhaken zu können. Der sozialpartnerschaftliche Ansatz ist dem im Übrigen nicht ganz unähnlich, wobei die Losung dort lautet: „Über ein Thema bis zur Grenze des Zumutbaren zu sprechen ist in Ordnung, solange sichergestellt ist, dass am Ende etwas Vernünftiges dabei herauskommt.“ Sofern es darum geht, Vor-

kehrungen gegen künftiges Fehlverhalten zu setzen und die anhängigen Fälle von großer Bedeutung und Tragweite sind, scheint ein gerichtlicher Abschluss eines Verfahrens – wohl auch aus Sicht der Behörde – wünschenswert.

Die Erstellung von Listen im Bereich Settlement Verfahren alleine ist nicht ausreichend, da jedem Fall eine individuelle Komponente innewohnt. Wesentlich ist auch die behördenseitige Überwachung von Auflagen. Die Höhe von Settlement Abschlägen müssen nennenswert sein, da andernfalls seitens der Unternehmen, die an sich im Normalfall an einer raschen Erledigung der Sache ein großes Interesse haben, alleine im Sinne der Wahrung von Aktionärsinteressen Prozess geführt werden könnte.

Insgesamt bestehe freilich die Gefahr eines zumindest gefühlten Qualitätsverlustes im Vollzug durch Settlements, zumal die große Frage ist, was aus Settlements konkret gelernt werden kann. Vor diesem Hintergrund sollten die Eckpunkte der Einigung öffentlich zugänglich sein und damit auch zur Einheitlichkeit des Vollzuges beitragen. Dass der Wohlverhaltenskatalog als Nebenprodukt aus den LEH-Untersuchungen (gegen Rewe und Spar) hervorgegangen ist, schadet indes in diesem Zusammenhang nicht. Generell sollte die LEH-Untersuchung aus 2003 aktualisiert werden.

Zu Frage der Sachverständigen ist anzumerken, dass Österreich auf Seiten potentieller Gutachtersteller ein kleiner Markt ist. Die Erstellung von Gutachten selbst ist aufwändig und teuer. Wenn ein Sachverständiger ein wesentliches Detail nicht erkannt hat, so gibt es für solche Fälle i.d.R. keine Korrekturschiene. Ein Gremium „weiser erfahrener Mitglieder“, das mit der Erstellung eines Vorgutachtens beauftragt wird, könnte hier Abhilfe schaffen.

In den wettbewerblichen Gutachten, zumal jenen der Fusionskontrolle, ist in materieller Hinsicht die Frage der Marktdefinition die Schlüsselfrage.

Im Bereich Fusionskontrolle ist es wesentlich, stets auch die gesamtwirtschaftliche Bedeutung von Fällen im Auge zu behalten.

Von herausragender Bedeutung – zumal in einer kleinen Volkswirtschaft – ist darüber hinaus eine funktionierende Missbrauchsaufsicht.

Der Fall Berglandmilch/Stainzer Milch hat Unterschiede in der Herangehensweise zwischen EU-Ebene und österreichischer Ebene deutlich gemacht. Instrukтив in dieser Hinsicht war auch der Fusionsfall Hutchison 3 – Orange und der damit verbundene Fall Telekom – Yess.

Mit Blick auf die Wettbewerbskommission ist – ungeachtet der Formel „nach dem Vorbild der Monopolkommission“ – auf die wesentlichen konzeptionell-organisatorischen Unterschiede zwischen diesen beiden Einrichtungen hinzuweisen. In Deutschland gehören dem Betreuungs-

bereich des Gremiums dreizehn Akademiker an und das Gremium verfügt damit über eine Mindestzahl ständiger Mitarbeiter. Hinsichtlich der Tätigkeiten der Wettbewerbskommission ist auf die Spannungslage zwischen dem Wunsch nach einer vertretbaren Sitzungsfrequenz und einem hohen Output hinzuweisen, die nicht leicht aufgelöst werden kann. Eine gesamthafte Verbesserung der Anreizstruktur könnte hier zweifellos wertvolle Schritte vorwärts ermöglichen.

Publikationen des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen

- 1 Untersuchung über die Preis- und Einkommensentwicklung (1964)
- 2 Stabilisierungsprogramm (1964)
- 3 Vorschläge zur Neugestaltung der Budgetpolitik (1964)
- 4 Vorschläge zur Kapitalmarktpolitik, 1. Teil (1964)
- 5 Vorausschätzung des österreichischen Arbeitskräftepotentials bis 1980 (1965)
- 6 Vorschau auf die österreichische Wirtschaft im Jahre 1966 (1965)
- 7 Empfehlungen zur Budgetpolitik (1965)
- 8 Vorschläge zur Koordinierung und Stabilisierung in der Bauwirtschaft (1966)
- 9 Die Erscheinungen des grauen Marktes und ihr Zusammenhang mit den Formen der Preisbildung (1966)
- 10 Vorschläge zur Kapitalmarktpolitik. 2. und 3. Teil (1966)
- 11 Zweite Vorausschätzung des österreichischen Arbeitskräftepotentials bis 1980 (1968)
- 12 Vorschläge zur Kapitalmarktpolitik. 4. Teil (1968)
- 13 Untersuchung des Preis- und Kostenauftriebes in Österreich (1968)
- 14 Bericht über Teilzeitbeschäftigung (1968)
- 15 Untersuchung über die Probleme der Arbeitszeitverkürzung (1969)
- 16 Budgetvorschau 1970–1974 (1970)
- 17 Vorschläge zur Industriepolitik (1970)
- 18 Empfehlungen zur Verbesserung der Konjunkturdiagnose (1971)
- 19 Budgetvorschau 1971–1975 (1971)
- 20 Untersuchung über die Abwanderung von Arbeitskräften aus Österreich nach Süddeutschland und in die Schweiz (1972)
- 21 Gutachten über den Preis- und Kostenauftrieb (1972)
- 22 Vorschläge zur regionalen Strukturpolitik (1972)
- 23 Die Verträge mit den Europäischen Gemeinschaften (1972)
- 24 Klein- und Mittelbetriebe in Wachstumsprozeß (1973)
- 25 Frauenbeschäftigung in Österreich (1974)
- 26 Budgetvorschau 1974–1978 (1974)
- 27 Probleme der Umweltpolitik in Österreich (1976)
- 28 Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes ausländischer Arbeitskräfte (1976)
- 29 Qualitative Aspekte der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung (1976)
- 30 Budgetvorschau 1976–1980 (1977)
- 31 Empfehlungen zur Verbesserung der Statistiken zur Einkommensverteilung (1977)
- 32 Vorschläge zur Industriepolitik II (1978)
- 33 Budgetvorschau 1978–1982 (1978)
- 34 Kurz- und mittelfristige Fragen der Zahlungsbilanzentwicklung (1978)
- 35 Die statistische Differenz in der österreichischen Zahlungsbilanz (1979)
- 36 Längerfristige Arbeitsmarktentwicklung (1980)
- 37 Budgetvorschau 1980–1984 (1980)
- 38 Bericht zur Zahlungsbilanz (1980)
- 39 Mittelfristige Finanzplanung (1981)
- 40 Wohnbau (1981)
- 41 Längerfristige Aspekte der Energieversorgung (1982)
- 42 Untersuchung ausgewählter Ausgabenbereiche des Bundeshaushalts (1982)
- 43 Budgetvorschau 1982–1986 (1982)
- 44 Methoden der Politikberatung im wirtschaftspolitischen Bereich (1984)
- 45 Budgetvorschau 1984–1988 (1984)
- 46 Regionale Strukturpolitik (1984)

47	Arbeitszeitentwicklung und Arbeitszeitpolitik (1984)	
48	Schattenwirtschaft (1985)	
49	Landwirtschaftliche Produktionsalternativen am Beispiel Ethanol, Ölsaaten und Eiweißfutterpflanzen (1985)	
50	Finanzmärkte (1986)	
51	Umweltpolitik (1986)	
52	Öffnungszeiten (1986)	
53	Budgetvorschau 1986–1990 (1986)	
54	Flächenstilllegung als agrarpolitisches Instrument (1987)	
55	Wachstumsorientierte Strukturpolitik (1988)	
56	Empfehlungen aus Studien und Kurzgutachten 1984–1988 (1988)	
57	Entwicklungspolitik (1988)	
58	Qualifikation 2000 (1989)	
59	Internationalisierung (1989)	
60	Überlegungen zum statistischen System der 90er Jahre (1990)	
61	Industriepolitik III (1991)	
62	Vorschläge zur Reform des Hochschulwesens und der Forschungspolitik (1991)	
63	Strukturelle Budgetsalden des Bundes 1986–1990 (1991)	
64	Soziale Sicherheit im Alter (1991) .	
65	Finanzverfassung und Finanzausgleich – Herausforderungen und Anpassungserfordernisse (1992)	
66	Abfallwirtschaft (1992)	
67	Ostöffnung (1992)	
68	30 Jahre Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen (1993)	
69	Lohnnebenkosten (1994)	
70	Wirtschaftsstandort Österreich (1994)	
71	Europäische Wirtschafts- und Währungsunion – Neue Rahmenbedingungen für die österreichische Wirtschafts- und Finanzpolitik (1994)	
72	Beschäftigungspolitik (1997)	
73	Wirtschaftspolitische Handlungsspielräume (3sprachig) (1998)	
74	Verbesserte Spielregeln für den Bundeshaushalt (1998)	
75	Innovative Kooperationen für eine leistungsfähige Infrastruktur (1998)	
76	Voraussetzungen für eine erfolgreiche Wirtschafts- und Währungsunion (1999)	
77	Modernisierung des öffentlichen Sektors – Chancen und Grenzen von New Public Management (1999)	
78	Längerfristige Aspekte der österreichischen Technologiepolitik (1999)	
79	Digitale Wirtschaft (2001)	
80	Die makroökonomische Politik und die Lissabon-Strategie der EU (2005)	
81	Herausforderungen für eine partizipative Demokratie in einem erweiterten Europa (2006)	
82	Herausforderungen in der Energiepolitik – Weißbuch der österreichischen Sozialpartner (2009)	
83	Österreich und die internationale Finanzkrise (2009)	
84	Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich (2010)	
85	Migration und Integration (2011)	
86	Innovation und Investition – Themen und Positionen (2013)	€ 4,-
86	Effizienz, Rechtsstaatlichkeit, Transparenz im österreichischen Wettbewerbsrecht.....	€ 8,70

(Preis inklusive 10% MwSt.)

Ihre Bestellungen gedruckter Exemplare der aktuellen Publikationen (ab Nr. 86) nimmt das Bestellservice der WKO unter mservice@wko.at bzw. +43(0)5 90900 5050 gerne entgegen.

Die Publikationen ab Nr. 82 sind auch kostenlos elektronisch abrufbar unter www.sozialpartner.at.

Digitale Kopien der Publikationen Nr. 1 – 81 können auf elektronischem Weg kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Ihre Bestellung richten Sie bitte an ww@akwien.at oder an wp@wko.at.

